Die

Umgestaltung des Civilprozesses

in

Deutschland.

In den Grundsätzen erörtert

von

Dr. Friedrich Christian von Arnold,
kön. bayerischem Staatsrath i. a. D. und Appellationsgerichtspräsidenten
im Ruhestand.

Nürnberg 1863.

Verlag der Friedr. Korn'schen Buchhandlung.

Druck von Junge & Sohn in Erlangen.

Vorwort.

Das Zeitalter, in welchem wir leben, zeichnet sich aus durch besondere Regsamkeit in allen Zweigen menschlicher Thätigkeit. Natürliche Folge ist, daß die Gesetzgebungen nicht stehen bleiben dürfen, sondern fortschreiten müssen mit den Fortschritten der Völker. Denn das Leben schafft und bildet die Institute, des Gesetzes Aufgabe ist, sie zu regeln und für Ausgleichung der Reibungen, welche mit der erhöhten Thätigkeit zahlreicher und in erhöhtem Grade zu Tage treten, Normen festzusetzen. Nicht die Civilgesetzgebung allein bedarf von Zeit zu Zeit einer Nachhülfe; auch der Civilprozeß muß Vervollkommnung oder Umgestaltung erhalten, wenn er den Ansprüchen auf sichere und zugleich schleunige Rechtspflege nicht mehr genügt.

Bei der Einführung der fremden Rechte in Deutschland konnte das altdeutsche einfache Gerichtsverfahren

nicht fortbestehen; man fand ein schriftliches Verfahren zweckmäßig und die patriarchalische Zeit ließ die Langsamkeit des gerichtlichen Verfahrens nicht sehr empfinden. Je mehr aber einerseits der Aufschwung der Industrie, der Gewerbe und des Handels eine Beschleunigung des Ausganges der Prozesse wünschenswerth machte, andererseits die Kunst sich ausbildete, die Formen des Prozesses zur Verzögerung zu benützen, desto klarer stellte sich die Nothwendigkeit hervor, eine Verbesserung des Civilprozesses vorzunehmen. Man besserte auf den Reichstagen, half in einzelnen Ländern durch besondere Gesetze nach und Preußen schuf eine neue auf die sogenannte Untersuchungsmaxime gebaute Gerichtsordnung. Doch überall fühlte man das Bedürfniß nicht gestillt und in der neuesten Zeit glaubt man durch ein auf Mündlichkeit und Oeffentlichkeit gegründetes Verfahren nach dem Muster des französischen dem Bedürfnisse abzuhelfen.

Zu allen Zeiten und in allen Ländern ist es eine gewöhnliche Erscheinung, daß das Alte dem Neuen, auch wenn dieses besser, nicht ohne Kampf weicht. Man darf diese Erscheinung nicht so unbedingt tadeln; im Gegentheile, es wird dadurch öfters eine Uebereilung verhütet, welche der Reiz der Neuheit, das Mißfallen an Mängeln des Alten und die Sehnsucht nach Besserem so leicht veranlassen. Diesen Kampf

muß auch eine Verbesserung des Civilprozesses in Deutschland bestehen. Verdenke man es den Männern nicht, welche so viele Jahre hindurch den gemeinen Civilprozeß in Deutschland oder die Civilprozeßordnung eines einzelnen Landes gelehrt oder angewendet haben, wenn sie dem alten Verfahren anhängen, eben weil sie eingedrungen sind in das Wesen jenes Verfahrens und sehr wohl erkennen, daß ein großer Theil der Mißstände, welche man tadelt, nicht in den Grundsätzen desselben, sondern in einer Ausartung der Praxis ihre Veranlassung hat, so daß es nur einer Rückkehr zum Wesen des alten Verfahrens zu bedürfen scheint, um eine Praxis zu erhalten, welche den Anforderungen der Zeit genügt. Es hätte diese Ansicht volle Berechtigung, wenn die Nation in ihrer Bildung, der Verkehr im Leben in das alte Geleise zurückgebracht werden könnte. Aber in einer fortgeschrittenen Zeit, wo der Verkehr sich nicht blos vervielfacht, sondern auch durch die neueren Erfindungen eine Beschleunigung erhalten hat, welche in demselben Zeitraume, in welchem sonst wenige Geschäfte gemacht werden konnten, eine zehnfache bis hundertfache Zahl gleicher Geschäfte möglich macht, wo es also darauf ankommt, die Mittel des Verkehres, Geld und Waare, schnell zu erhalten; wo nicht blos Gewerbe und Handel, sondern auch die Landwirthschaft durch den Gang des alten Gerichts-

verfahrens leiden, welcher nie so schleunig und doch so sicher werden kann, als zur schleunigen Realisirung bestrittener Rechte nothwendig ist; in solcher Zeit muß daß ernste Bestreben der Staatsregierungen dahin gerichtet sein, die Umgestaltung des Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten durch Anhänglichkeit an das Alte und Gewohnte nicht aufhalten zu lassen.

Aber auch dem Neuen und namentlich dem, was in anderen Ländern besteht, selbst wenn dieses dort Beifall hat, darf man nicht unbedingt huldigen. Das Neue hat oft blendenden Schein und eben weil es neu ist, kennt man noch nicht jene Mängel, welche erst in der Erfahrung sich offenbaren: das Auswärtige ist dort, wo es besteht, gewohnt, beruht zuweilen auf dortigen Sitten und Nationalcharakter, wird oft selbst dort, wie die französische juristische Literatur beweist, in einzelnen Theilen lästig und unzweckmäßig gefunden und es wird selbst dort einer Verbesserung desselben entgegengesehen. Will man Institute aus anderen Ländern herübernehmen, so darf man nicht vergessen, daß, wie schon Montesquieu sagt, die Gesetze den Sitten, den Gebräuchen, dem Verkehre des Volkes angemessen sein müssen.

Es gibt noch einen dritten Irrweg in der Gesetzgebung, gleich schädlich, ja weil er versteckt wirkt, oft noch schädlicher als starre Anhänglichkeit am Alten und

leichtsinniges Haschen nach dem Neuen: Es ist das Bestreben, vom Alten und Neuen überall das Beste zu nehmen, das so Gesammelte möglichst zu verbinden und das Aggregat als ein Ganzes darzustellen und als Gesetz zu verkünden. Das Bestreben neuerer Strafgesetzbücher, durch Amalgamation deutscher und französischer Grundsätze den Bevölkerungen diesseits und jenseits des Rheines gefällig zu sein, zeigt überall, wo es stattgefunden, durch Anomalien und Härten das Unzweckmäßige und Schädliche solchen Unternehmens.

Wie jeder Eklektizismus kein in sich harmonisches Ganzes schaffen kann, so ist auch derjenige, dem man in der Gesetzgebung sich hingibt, nicht im Stande, Widersprüche zu vermeiden, welche oft erst in der Anwendung sich offenbaren; auch nicht im Stande, Zweifel zu verhüten und die Rechtspflege wahrhaft zu verbessern. Jede Gesetzgebung muß auf deutlich erkannte Prinzipien gebaut werden, dem Rechte, der Billigkeit, dem Kulturstande und dem Charakter des Volkes entsprechen, ein harmonisches Ganzes bilden, durch leichte Uebersicht, verhältnißmäßige Kürze, durch Klarheit, Bestimmtheit und Einfachheit der Rede sich auszeichnen, so daß, weil sie für das Volk und in Beziehung auf dasselbe erlassen wird, jeder einigermaßen Gebildete sie verstehen kann und sie nicht gleich den Hieroglyphen nur den Eingeweihten — den Richtern und Anwälten —

verständlich ist. Schon die alten Römer legten einen Werth darauf, daß das Volk die Gesetze kenne und Cicero sagt (2 : 23 de legibus): Discebamus enim pueri XII — leges XII tabellarum — ut carmen necessarium. Es sagt auch Const. 9 Cod. de legib. (1 : 14): Leges sacratissimae, quae constringunt hominum vitas, intelligi ab omnibus debent, ut universi praescripto earum manifestius cognito vel inhibita declinent, vel permissa sectentur. In jenen Ländern wo die Gesetzbücher in der Landessprache und verständlich verfaßt sind, wie in Frankreich, in Preußen, sind dieselben häufig in den Händen der Bürger, welche sich daraus belehren und auch vor Gericht leichter zu belehren sind, als in anderen Provinzen. Prozeßgesetze machen hievon keine Ausnahme, obgleich die Parteien sich gewöhnlich durch Anwälte vertreten lassen. Die Prozeßsucht wird gemindert, das Vertrauen auf Anwalt und Richter, auf Gesetzgebung und Staatsregierung wird erhöht, wenn die Partei sich selbst aus dem Gesetze überzeugen kann, daß sie nach Vorschrift der Gesetze behandelt wird.

Mag nun, was sehr zu wünschen, eine allgemeine deutsche Civilprozeßgesetzgebung zu Stande kommen, oder vor der Hand in einzelnen deutschen Ländern mit Civilprozeßgesetzgebungen vorangeschritten werden, immer wird es zweckmäßig sein, wenn die Grundsätze und

der Bau eines solchen Werkes und insbesondere die Fragen wegen Aufnahme der Grundsätze des französischen Civilprozesses zuvor wissenschaftlich und mit Benützung der Erfahrung besprochen werden.

Geleitet von dieser Ansicht glaubt der Verfasser, zu solcher Besprechung den Versuch einiger Beiträge, jedoch mit Beschränkung auf die Fragen, wie weit französische Institute und Grundsätze hiebei anwendbar, liefern zu dürfen, indem ihm, nachdem er dem Studium des gemeinen deutschen und des französischen Civilprozesses sich hingegeben hatte, in einer mehr denn vierzigjährigen Praxis in den drei Instanzen der bayerischen Gerichte, einer mehrjährigen Uebung des Richteramtes im Kassationshofe für die bayerische Pfalz und einer öfteren unmittelbaren Anschauung des Verfahrens nach französischen Gesetzen in Civil- und Handelsgerichten erster und zweiter Instanz, die Verschiedenheiten der deutschen und französischen Prozeßarten bekannt geworden sind.

Daß der Verfasser sich in der einschlägigen Literatur umgesehen, möchte man ihm vielleicht zutrauen dürfen: daß er aber der Allegationen sich beinahe gänzlich enthalten hat, beruht darauf, daß er seine Ansicht nicht als die richtige beweisen, sondern als Gegenstand der Prüfung Anderen darlegen wollte.

Da die gegenwärtige Schrift nur von Verhält-

nissen des französischen zum deutschen Prozeßrechte handelt, so konnte es die Aufgabe nicht sein, eine Kritik des Entwurfes einer Prozeßordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten zu liefern, welchen die kön. bayer. Staatsregierung im Jahre 1861 den Kammern der Landesvertretung vorlegte. Wohl aber wurde dieser Entwurf ebenso wie die hannöverische Civilprozeßordnung v. J. 1850 besonders berücksichtigt und in den Noten hie und da beurtheilt, theils weil es von Interesse ist, die Ansichten Anderer in den hier behandelten Gegenständen zu kennen, theils weil für den Fall, daß der bayerische Entwurf noch zur Berathung kommt und vielleicht zuvor einer Umarbeitung unterliegt, auch hiezu Beiträge geliefert werden sollten. Mit großem Interesse und wahrem Vergnügen hat in dieser Beziehung der Verfasser am Schlusse seiner Arbeit die Beurtheilung des bayerischen Entwurfes von einem ausgezeichneten Rechtslehrer (Professor Planck in Kiel) gelesen, welche in der „Kritischen Vierteljahrsschrift" Bd. IV enthalten und auch besonders (München 1862) abgedruckt ist.

Inhalt.

I.

Aufgabe des Civilprozesses.

Gegen rechtswidrige Angriffe auf Privatrechte ist im Staate zwar Rechtsvertheidigung erlaubt, keinesweges aber ist es gestattet, Selbsthülfe zu üben, d. i. eigenmächtig ein wirkliches oder vermeintes Recht erlangen oder wieder erlangen zu wollen. Nur die vom Staate hiezu bestellte Obrigkeit ist berechtigt, aber auch verpflichtet, in solchen Fällen Rechtshülfe zu gewähren und selbst da, wo die Gesetze gestatten, Privatrechtsstreitigkeiten durch Schiedsrichter entscheiden zu lassen, kann der Zwangsvollzug solcher Entscheidungen nur durch die vom Staate bestellte Obrigkeit geschehen.

Um die Streitigkeiten über das Bestehen, über die Gefährdung, Verletzung oder Entreißung von Privatrechten entscheiden zu können, müssen die Gerichte das Rechtsverhältniß kennen, welches den gegenseitigen Ansprüchen zu Grunde liegt; es müssen ihnen also die Thatsachen bekannt werden, auf welchen dieses Rechtsverhältniß beruhen soll und sie müssen dann erwägen und aussprechen, ob und welche Rechte hieraus für den einen oder den andern Streittheil begründet sind. Dies drückt der bekannte Satz aus: Da mihi factum, dabo tibi jus.

Die Art und Weise, wie sich die Gerichte die Kenntniß der in einem Rechtsstreite erheblichen Thatsachen verschaffen und wie sie dann den Richterspruch verfassen und verkünden, nennt man das gerichtliche Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, wofür wir hier der Kürze wegen den herkömmlichen Ausdruck „Civilprozeß" beibehalten haben.

Das Recht soll gefunden, ausgesprochen und in Wirksamkeit gesetzt werden: die erste Aufgabe des Civilprozesses ist daher seinem ganzen Wesen nach Gerechtigkeit. Aber die Rechtshülfe verliert um so mehr am Werth, als sie verzögert wird, und je mehr das Verkehrsleben sich belebt, um so nachtheiliger wirkt eine langsame Justizpflege nicht bloß auf die Recht suchenden Parteien, sondern auf den allgemeinen Kredit und auf den ganzen Nationalwohlstand: Beschleunigung des Verfahrens, des Urtheilspruches und des Vollzuges ist daher ebenfalls eine unerläßliche Aufgabe des Civilprozesses.

Wohl kann es vorkommen, daß Verwicklung und Umfang der thatsächlichen Verhältnisse, Entfernung der Parteien oder der Beweismittel, Ueberhäufung der Richter mit Geschäften, oder andere Zufälle der Beschleunigung des Ausganges eines Prozesses hindernd in den Weg treten: aber unter keiner Bedingung rechtfertigt es sich, um der Beschleunigung willen die Gerechtigkeit zu gefährden, in Ermittlung des Thatverhältnisses nicht gründlich zu Werke zu gehen oder gar oberflächliche, seichte, nicht selten eben deshalb ungerechte Urtheile zu erlassen. Die Parteien warten lieber längere Zeit auf ein gerechtes Urtheil, als daß sie sich mit schleuniger die Gerechtigkeit des Richterspruches sehr zweifelhaft lassenden Abfertigung begnügten und man hört weit weniger Klagen, wenn die Justizpflege verzögert wird, als wenn sie das Recht beugt, mag dies auch noch so eilig geschehen.

II.
Gerichte.

In Rechtsstreitigkeiten sollen die Gerichte das Recht finden und aussprechen. Es ist daher im richterlichen Amte die Nothwendigkeit begründet, daß die Richter mit der Rechtswissenschaft und den Gesetzen vertraut sind.

Man hat schon geglaubt, es könne in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten eben so wie in Strafrechtsfällen wenigstens die Entscheidung über die Thatfrage einer Jury anvertraut werden, zumal man ja auch in Handels- und Wechselstreitigkeiten das Richteramt Nicht-Juristen anvertraut und auch die Schiedsrichter nicht nothwendig aus der Klasse der Rechtsverständigen, sondern auch aus anderen Klassen der Staatsbürger gewählt werden.

Diese Ansicht beruht vor Allem auf einem Mangel an gründlicher Berücksichtigung des Unterschiedes zwischen Privatrechtsverhältnissen und Straffällen. Die Privatrechtsverhältnisse sind von der verschiedensten und oft verwickeltesten Art, so daß die Frage, auf welcher Seite das Recht sei, nur von dem gelöst werden kann, welcher dem Studium des Rechtes und der Gesetze sich vollständig hingegeben hat. Die Strafgesetze hingegen haben bei weitem nicht alle Rechtsverletzungen zum Gegenstande, sondern nur die schwereren, den allgemeinen Rechtszustand und das allgemeine Wohl störenden Handlungen, welche von der Art sind, daß jeder mit dem gewöhnlichen Grade von Geisteskraft begabte Mensch das Unerlaubte und Strafbare der That erkennen kann, bei welchen sonach auch Geschworene, obgleich sie nicht Rechtsgelehrte und auch sonst nicht höher Gebildete sind, den Schuldausspruch fällen können. Eben deshalb läßt sich auch in Civilrechtsstreitigkeiten einer Jury nicht dadurch nachhelfen, daß man dieselbe wie in Straffällen durch den Richter be-

lehren läßt. Selbst wenn man in Civilrechtsstreitigkeiten die Jury auf die Thatfrage und auf die Festsetzung der Summen beschränkt, wie in England, sind die Verhältnisse oft von der Art, daß Fragenstellung und Wahrspruch zu schwierig, oft unzuverlässig sind, und es darf nicht unberücksichtigt bleiben, daß, wenn die Thatfrage nicht bestritten ist, die Jury vergeblich der Verhandlung beigewohnt hat. In England hat man die Unzweckmäßigkeit einer Jury in Civilsachen bereits eingesehen und von Zeit zu Zeit deren Zuständigkeit beschränkt. Kommen in Civilrechtsstreitigkeiten Fragen zur Entscheidung, welche besondere technische Kenntniß oder Gewandtheit erfordern, so ist es weit zweckmäßiger, Sachverständige beizuziehen [1]), wo dann der Richterspruch, der doch ein Ganzes bilden muß, auf Rechtskenntniß und damit verbundener Fachkenntniß beruht.

In den Streitigkeiten, welche aus Handels- und Wechselgeschäften entspringen, ist gewöhnlich neben der Rechtskenntniß auch Kenntniß des Verkehres im Handel und des Wechselverkehres erforderlich, es scheint daher zweckmäßig, nicht erst in jedem einzelnen Falle Kaufleute und Bankiers als Sachverständige beizuziehen, sondern sie sogleich für alle Fälle solcher Art als Beisitzer in den Gerichten zu ernennen, d. h. besondere Handels- und Wechselgerichte zu bestellen. Daß solche Gerichte nur da nothwendig sind, wo der Handels- und Wechselverkehr von einiger Bedeutung ist, und daß der Gerichtssitz nur da sein soll, wo in Handels- und Wechselgeschäften sehr erfahrene Männer zu haben sind, leuchtet wohl von selbst ein, und der Verfasser dieser Schrift hat nur zu oft die Erfahrung

---

[1]) Ganz richtig will der bayer. Entwurf Art. 312 die Einholung von Gutachten der Sachverständigen, wo besondere Fachkunde erforderlich oder ein Schadenbetrag festzusetzen ist. — Verwickeltes Rechnungswesen gehört auch hieher.

gemacht, daß in kleinen oder auch mittleren Städten, wo der sogenannte Kaufmann mehr Krämer ist, den eigentlichen Handel beinahe gar nicht kennt und mit Wechselgeschäften nichts oder beinahe gar nichts zu thun hat, Gerichtsbeisitzer aus dem Handelsstande, welche ein gründliches Votum abzugeben oder auch nur die Richter über zweifelhafte Fragen ihres Faches aufzuklären im Stande wären, zu den Seltenheiten gehören, vielmehr die technischen Beisitzer gewöhnlich mit dem Referenten und, wenn die rechtskundigen Richter unter einander verschiedener Ansicht sind, mit demjenigen derselben einverstanden sind, welchem sie am meisten vertrauen. Dagegen trifft man in großen Städten, wo lebhafter Handel, lebhafter Wechselverkehr ist, so ausgezeichnete Gerichtsmitglieder aus dem Handelsstande, daß die rechtskundigen Richter deren Ansichten recht oft berücksichtigen.

Es erhellet nun, daß daraus, daß in Handels- und Wechselstreitigkeiten Sachverständige aus dem Handelsstande in die Richterkollegien gezogen werden, ein Beweis für die Nothwendigkeit oder Zweckmäßigkeit einer Jury in allen Civilrechtssachen nicht im Geringsten abgeleitet werden kann.

Eben so wenig aber spricht das Institut der Schiedsrichter für Aufstellung einer Jury für alle Civilrechtssachen. Die Schiedsrichter können nur da entscheiden, wo über deren Person beide Parteien sich vereinigen, also beide Theile auf deren Tauglichkeit zur Entscheidung des einzelnen Falles Vertrauen haben, und die Seltenheit der Fälle, wo die Entscheidung der Sache Schiedsrichtern übertragen wird, zeigt deutlich, daß man nur ausnahmsweise auf deren Entscheidung vertraut. Eine Jury für alle Civilrechtsstreitigkeiten, sei es auch nur zur Entscheidung der Thatfrage, würde nur als eine Verkümmerung der Rechtspflege erscheinen.

Uebrigens darf man nicht außer Acht lassen, daß eine Jury für alle Civilrechtsstreitigkeiten eine Belästigung der Staatsbürger mit einem Amte wäre, welches ihnen Zeit

raubt und wenn ihnen nicht volle Entschädigung gewährt würde, empfindlichen Schaden am Vermögen veranlassen müßte.

Für Ehestreitigkeiten, wo solche nicht den geistlichen Gerichten überlassen, sondern den Gerichten des Staates vindizirt sind, besondere Gerichte aufzustellen, bei welchen auch Richter aus dem geistlichen Stande zugezogen werden, scheint nicht sachgemäß zu sein. Die Ehe ist ihrem Wesen nach ein Vertrag, ein Rechtsgeschäft, welches in vertragsmäßiger Form geschlossen wird, Rechte und Verbindlichkeiten unter den Ehegatten erzeugt und nur deshalb kirchliche Form erhält, weil sie eine Verbindung zur Einheit des Lebens beider Gatten ist, auf die Kinder aus der Ehe besonderen Einfluß hat und dem Staate daran gelegen ist, daß in dieser Verbindung Religion die Gemüther beherrsche. Es wird auch nicht leicht Ehegatten geben, die nicht bei Eingehung ihrer Ehe den Segen Gottes durch den Priester wünschen und suchen werden. Nach kanonischem Rechte ist die Ehe ein Sakrament, aber dennoch wird sie bei der Trauung als Rechtsgeschäft anerkannt, denn obgleich die Trauung durch den Priester geschieht, so besteht doch nach jenem Rechte das Wesen derselben in der Erklärung der Brautleute vor dem Priester und zwei Zeugen, daß sie sich ehelichen wollen; die priesterliche Einsegnung wird nicht als Bestandtheil der Trauung, sondern nur einer schönen Sitte gemäß beigefügt. Der Priester handelt sonach bei der Eheschließung als Civilstandsbeamter, bei Hinzufügung der Einsegnung als Priester[1]. Bei den Protestanten gehört zwar die priesterliche Einsegnung zum Wesen der Trauung, aber nicht, weil die Ehe-

---

[1]) Die Ehetrennung durch katholische geistliche Ehegerichte wirkt nur auf das Rechtsverhältniß: das religiöse Band wird nicht gelöst, weil die Ehe Sakrament ist.

schließung kein Rechtsgeschäft und ohne Einsegnung nicht denkbar sei [1]), sondern weil der Geistliche, nachdem ihm einmal das Amt übertragen ist, die privatrechtliche Form der Eheschließung vor sich vorgehen zu lassen, von der Kirche beauftragt ist, eine religiöse Handlung damit zu verbinden. Kommt es nun zu Ehestreitigkeiten und zur Ehetrennung, so handelt es sich nicht um Zurücknahme oder Aufhebung des priesterlichen Segens (welchen Gott nicht bestätigt hat, sonst wäre die Ehe keine unglückliche): es handelt sich nur um Trennung des privatrechtlichen Bandes und nur die weltliche Obrigkeit ist hiefür zuständig; Richter aus dem Priesterstande zuzuziehen, während doch keine religiöse Frage zu entscheiden ist, wäre höchst überflüssig und unzweckmäßig.

III.

Gerichtszuständigkeit [2]).

Bei der Unmöglichkeit, für alle Rechtsstreitigkeiten eines Staates nur ein Gericht aufzustellen, ist die Nothwendigkeit gegeben, mehrere Gerichte zu bestellen, jedem Gerichte, vor Allem jedem Untergerichte, seinen Wirkungskreis anzuweisen und nur diejenigen seiner Handlungen für rechtsgültig zu erklären, welche es vermöge des Gesetzes vorzunehmen befugt ist. Je einfacher hiebei die Gesetzgebung zu Werke geht, je weniger besondere Gerichtsstände sie aufstellt, desto besser und wohlthätiger wirkt sie. Bei der Oeffentlichkeit des Verfahrens ist diese Einfachheit doppelt nothwendig.

---

[1]) Luther sagt: Die Ehe ist ein bürgerlich Ding.

[2]) Der bayer. Entw. handelt nach dem Vorbilde der Gerichtsordnung v. J. 1753 zuerst von der Gerichtszuständigkeit. Es möchte entsprechender sein, zuerst von den Gerichten (Art. 20—25) und dann erst von deren Zuständigkeit zu handeln.

Befänden sich die Gegenstände eines Rechtsstreites immer an demselben Orte oder auch in demselben Bezirke, wo die Personen sich befinden, welche mit jenen Gegenständen in prozessualer Beziehung stehen, es wäre für die Organisation eine leichte Aufgabe, den Staat in Bezirke einzutheilen und dem Gerichte eines jeden Bezirkes alle Rechtsstreitigkeiten zuzuweisen, welche in diesem Bezirke vorkommen. Da nun aber die Gegenstände des Streites sich an anderen Orten als die Personen befinden können und auch oft befinden, da nicht nur schon bei der gerichtlichen Verhandlung des Streites die Nähe des Streitgegenstandes — z. B. um des Augenscheines, um der Zeugenvernehmung willen — nothwendig ist, sondern auch bei Vollstreckung des Urtheiles zuweilen die Nähe des Gerichtes, welches die Sache selbst entschieden hat, erforderlich sein kann, so muß schon deshalb die Zuständigkeit der Gerichte (auch bei dem Verfahren nach dem Vorbilde des französischen Rechtes, wo die Urtheilsvollstreckung durch Huissiers geschieht) nach Verschiedenheit des Streitgegenstandes festgesetzt werden.

Hiebei muß man vor Allem jene Streitigkeiten ausscheiden, welche wegen ihres Gegenstandes an besondere oder besonders besetzte Gerichte verwiesen werden, nämlich Handels- und Wechselsachen [1]), Bergwerkssachen [2]), Ehestreitigkeiten [3]): diesen Gerichten wird ihr Gerichtsbezirk besonders angewiesen.

Bei den übrigen Streitigkeiten muß man jene, deren Gegenstand eine bestimmte Sache oder die Beziehung zu einer bestimmten Sache ist, von jenen unterscheiden, wo es sich von Rechten und Verbindlichkeiten der Personen ohne Rücksicht auf eine bestimmte Sache handelt.

---

[1]) Bayer. Entw. Art. 24. Bayer. Ges. v. 10. Nov. 1861.

[2]) Der bayer. Entw. schweigt von Bergwerkssachen.

[3]) Bayer. Entw. Art. 25.

Für die ersteren ist das Gericht der gelegenen Sache aus den oben angegebenen Gründen das Zweckmäßigste und es ist für die außer dem Bezirke dieses Gerichtes wohnenden Parteien in der Regel bei weitem nicht so lästig, zu dem Gerichte der gelegenen Sache sich zu begeben oder dort durch Anwälte sich vertreten zu lassen, als es die Sicherheit der Rechtspflege gefährdend, den Gang der Rechtspflege hindernd, auch die Kosten des Rechtsstreites vermehrend wäre, sich an ein anderes Gericht wenden zu müssen. Es ist eine unrichtige Bezeichnung, wenn man den Gerichtsstand der gelegenen Sache (forum rei sitae) einen dinglichen Gerichtsstand nennt und es ist ein Irrthum, wenn man glaubt, nur dingliche Klagen gehören vor das forum rei sitae. Schon Justinian hat in Nov. 69 cap. 1 das forum rei sitae auf andere als dingliche Klagen festgestellt und die Gründe hiefür umständlich angegeben. Die bayerische Gerichtsordnung v. J. 1753 beschränkt Cap. 1 §. 9 das forum rei sitae nicht auf dingliche, sondern gestattet es für „alle Klagen, welche mehr auf die Sache selbst als auf die Person gehen, sowohl in petitorio als possessorio." Die preußische Gerichtsordnung v. J. 1795 Th. I Tit. 2 §. 107, 112—115 nennt das forum rei sitae einen „dinglichen Gerichtsstand" welcher in der Regel nur bei Klagen aus einem dinglichen Rechte stattfindet, aber ausnahmsweise bei persönlichen Klagen in Fällen eintritt, wo eine Beziehung zu einem Grundstücke vorwaltet. Der französische Code de proc. art. 3 u. 59 läßt ebenfalls den Verklagten in allen Streitigkeiten, welche mit einer unbeweglichen Sache in Verbindung stehen, vor den Richter der gelegenen Sache laden[1]). — Vor das Gericht der ge-

[1]) Der bayerische Entwurf stellt Art. 8 eben so wie die hannöv. Proz.-O. v. J. 1850 §. 8 den Gerichtsstand der gelegenen Sache unter die „besonderen Gerichtsstände" und läßt den-

legenen Sache gehören demnach nicht nur Eigenthums-, Dienstbarkeits-[1]) und Hypothekenklagen, sondern auch die Klagen auf Löschung der Einträge im Hypothekenbuche, weil erst die Löschung das bis zu solcher bestehende dingliche Recht auf das Objekt tilgt und nur vom Hypothekenamte, also nur von der Behörde der gelegenen Sache geschehen, also auch die Klage nur vor das Gericht, in dessen Bezirk das Hyp.-Objekt sich befindet, gehören kann[2]). Vor das Gericht der gelegenen Sache sind ferner zu ziehen Erbschaftsklagen[3]), Theilungsklagen, Gränzscheidungsklagen[4]); hinsichtlich der Besitzklagen wird der Gesetzgeber unbekümmert um die Zweifel nach gemeinem Rechte sich ebenfalls für das Gericht der gelegenen Sache aussprechen können, weil auch hiefür die oben angegebenen Gründe sprechen[5]). Darüber, ob der Gerichtsstand der gelegenen Sache auch bezüglich beweglicher Sachen zweckmäßig sei, gibt es zwar verschiedene Ansichten; man wird sich aber für die bejahende Ansicht erklären müssen, und höchstens könnte man dem Kläger die Wahl lassen zwischen dem Gerichte, wo die Sache sich gerade befindet und dem Gerichte des Wohnortes des Verklagten: da indessen auf diese Weise der Verklagte bezüglich der Beweisführung

---

selben in allen dinglichen und Besitzklagen, dann in allen gegen den Besitzer einer unbeweglichen Sache als solchen gerichteten Klagen zu.

1) Hier ist das Gericht des dienenden Grundstückes zuständig, weil von dessen Last oder Freiheit gehandelt wird.

2) Die Klage auf eine Handlung des Berechtigten als Mittel, die Löschung zu bewirken, z. B. Quittungsleistung, gehört vor den Richter des Verklagten.

3) Bayer. Entw. Art. 9.

4) Liegen die beiderseitigen Grundstücke in verschiedenen Gerichtsbezirken, so ist dasjenige Gericht zuständig, in dessen Bezirk das Grundstück des Verklagten liegt.

5) In dieser Art der bayer. Entw. Art. 8.

verkürzt werden könnte, so dürfte um so mehr das Gericht der gelegenen Sache für zuständig erklärt werden, als es ja den Parteien freisteht, durch Prorogation an ein anderes Gericht sich zu wenden.

Für jene Rechtsstreitigkeiten, bei welchen es sich von Rechten und Verbindlichkeiten der Personen ohne Rücksicht auf eine bestimmte Sache handelt und wozu auch die Klagen aus dem Personenrechte [1]) zu zählen sind, muß die Regel beibehalten werden, daß der Kläger den Verklagten bei dem Gerichte des Wohnortes des letzteren zu belangen hat, und rücksichtlich dieser Gattung von Klagen kann man das Gericht des Wohnortes als den allgemeinen Gerichtsstand [2]) bezeichnen. Die Fälle, daß der Verklagte mehrere Wohnsitze hat, abwesend ist, im Militärdienste steht, muß das Gesetz berücksichtigen, und es ist im ersten Falle dem Kläger die Wahl zu lassen, im zweiten der letzte Wohnsitz des Abwesenden als Regel (insoferne nämlich nicht das Vermögen des Abwesenden in dem Bezirke eines anderen Gerichtes liegt und verwaltet wird [3]), wo

---

[1]) Die Ehesachen, soferne sie an Ehegerichte gewiesen werden, ausgenommen.

[2]) Der bayer. Entw. Art. 2 nennt ihn unbedingt den allgemeinen Gerichtsstand und zählt Art. 8 den Gerichtsstand der gelegenen Sache zu den besonderen, also zu den Ausnahmen.

[3]) Der bayerische Entwurf Art. 2 enthält diese Ausnahme nicht. Er will übrigens für den Fall, daß ein letzter Wohnsitz oder Aufenthaltsort des Abwesenden im Inlande nicht zu ermitteln, dem Kläger erlauben, an seinem eigenen Wohnsitze den Verklagten zu belangen. Da indeß die Klage nur mit einem Kurator des Abwesenden verhandelt werden kann, so gehört die Sache vor das Gericht, in dessen Bezirk der Kurator bestellt ist, diese Bestellung geschieht aber nicht nothwendig in dem Bezirke, wo der Kläger wohnt. Die Erwägung, wo die Kuratel zu bestellen, dürfte den Kuratelbehörden, eventuell deren Oberbehörden, zu überlassen sein.

dieses Gericht für zuständig zu erklären) aufzustellen: im dritten Falle sind Offiziere und im Offiziersrange stehende Militärpersonen von den Unteroffizieren und Soldaten zu unterscheiden. Für erstere bedarf es keiner besonderen Bestimmung wegen des persönlichen Forums; bei letzteren ist zu erwägen, daß sie gewöhnlich jedes Jahr ihrer Dienstzeit mehrere Monate beurlaubt werden, und deshalb ist es zweckmäßig, bei persönlichen Klagen dem Kläger die Wahl zwischen dem Gerichte des Wohnortes und jenem der Garnison des Verklagten zu lassen [1]).

Die Gesetzbücher lassen auch einen Gerichtsstand des Kontraktes zu, welcher namentlich da ist, wo der Vertrag erfüllt werden soll, aber auch da gestattet wird, wo der Vertrag geschlossen wurde und wo der Verklagte, obgleich er an sich diesem Gerichte nicht untergeben ist, vom Kläger, soferne derselbe dieses Gericht wählt, unter der Voraussetzung belangt werden kann, daß der Verklagte oder Vermögen desselben sich dort befindet. Für Handelsgeschäfte, besonders wo Handelsgerichte sich befinden, ist dieser Gerichtsstand zweckmäßig, jedoch nur, wenn Kläger ihn wählt, und auch dann nur an dem Orte, wo der Vertrag erfüllt werden soll und soferne auf Erfüllung des Vertrages geklagt wird: wenn nicht Erfüllung, sondern Aufhebung, Vernichtung des Vertrages, oder Entschädigung wegen gar nicht oder nicht gehörig erfüllten Vertrages in Anspruch genommen wird, so ist kein Grund vorhanden, einen ausnahmsweisen Gerichtsstand zu gestatten, da der Kläger ein rechtliches Interesse zur Wahl dieses Gerichtsstandes nur haben kann, wenn er hierdurch schneller zur Erfüllung gelangt. Der Ort des geschlossenen

[1]) Also der bayer. Entw. Art. 5. — Das accessorische Forum der Ehefrauen, Kinder und Dienstboten ist Art. 3, das der Gesandten Art. 4, das der moralischen Personen Art. 6 und das der Ausländer Art. 7 behandelt.

Vertrages (wenn er nicht zugleich der Ort der Erfüllung) hat keinen wesentlichen Vortheil vor dem ordentlichen Gerichte, höchstens mehr Bequemlichkeit für den Kläger in einzelnen Fällen, kann also keinen Grund zur Gestattung eines ausnahmsweisen Gerichtsstandes verleihen[1]). In anderen als Handelsgeschäften und für andere Personen als Handelsleute diesen Gerichtsstand zu geben, wird sich ein hinreichender Grund nicht finden lassen[2]).

Der Gerichtsstand der geführten Verwaltung hat Aehnlichkeit mit dem Gerichtsstande des Kontraktes, indem die Verwaltung eine Erfüllung eines Auftrages, oder bei der Geschäftsführung ohne Auftrag, des übernommenen Geschäftes ist. Die aufgetragene Verwaltung ist entweder von einem Gerichte aufgetragen worden, welches zur Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten zuständig ist, oder von einer anderen Staatsbehörde, z. B. Vormundschafts- oder Verlassenschaftsbehörde, oder es geschah der Auftrag von einer Privatperson. Hat ein Gericht, welches zur Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten zuständig ist, den Auftrag gegeben und es wurde die Verwaltung in dem Bezirke dieses Gerichtes geführt, so ist dasselbe schon um deswillen zuständig zu erklären, wenn auch der Verwalter seiner Person nach diesem Gerichte nicht untergeben ist, vorausgesetzt jedoch da, wo geringe Sachen an den Einzelnrichter verwiesen sind und dieser den Auftrag gegeben hat, daß der Streitgegenstand die Summe nicht überschreitet, auf welche die Zuständigkeit der Einzelnrichter beschränkt ist[3]). Wurde aber die Verwaltung außerhalb des Bezirkes des auftragenden Gerichtes geführt, so kann dieses Gericht nur dann für zuständig erklärt werden, wenn der Verwalter in dessen Be-

---

[1]) Vergl. v. Savigny, röm. Recht, Bd. VIII S. 205 fg.

[2]) Der bayer. Entw. Art. 10 schlägt diesen Gerichtsstand in bedenklicher Ausdehnung vor. S. auch hannöv. PO. §. 10.

[3]) Vergl. den bayer. Entw. Art. 11 Abs. 2.

zirk wohnt. Ist die Verwaltung von einer Behörde, welche zur Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten nicht zuständig ist oder von einer Privatperson übertragen worden, so kann das Gesetz dem Kläger die Wahl zwischen dem Gerichte des Wohnortes des Verwalters und dem Gerichte der geführten Verwaltung lassen[1]).

Die Klagen wegen unerlaubter Beschädigungen, wozu nebst den Klagen aus unerlaubten Handlungen des Verklagten und der Personen, für welche er zu haften hat[2]), bezüglich des Gerichtsstandes auch jene Beschädigungen zu rechnen sind, für welche der Verklagte zu haften hat, obgleich sie nicht auf seinem oder der Seinigen Willen beruhen, z. B. Beschädigungen durch Vieh oder durch Wild gehören zwar zu jenen Klagen, wo die Entschädigung nicht aus einer bestimmten Sache, sondern aus dem Vermögen des Verklagten überhaupt verlangt wird, allein es sind fast immer die Beweismittel nur dort zu haben, wo der Schade geschehen und es würde oft dem Kläger das Uebel der erlittenen Beschädigung noch dadurch vergrößert, daß er sein Recht an dem entfernten Wohnorte des Verklagten verfolgen soll. Der Gesetzgeber hat daher vollkommenen Grund, dem Kläger die Wahl zwischen dem Gerichte des Wohnortes des Verklagten und dem Gerichte zu lassen, in dessen Bezirk die Beschädigung geschah.

Arrest gegen eine Person oder an einer Sache oder einer Forderung wird entweder als Inzidentpunkt in einer rechtshängigen Sache- oder unabhängig von einer solchen verlangt. Im ersteren Falle, welcher mehr als Provisorium und nicht als Arrest im engeren Sinne erscheint, gehört

---

[1]) Art. 11 Abs. 1 des bayer. Entw. sagt, daß die Klage bei dem Gerichte des Ortes der geführten Verwaltung gestellt werden kann: hieraus scheint das Recht zur Wahl hervorzugehen.

[2]) Der bayer. Entw. Art. 12 spricht nur von unerlaubten Handlungen.

das Gesuch dahin, wo die Hauptsache hängt, es wäre denn, daß die Gefahr obwaltete, daß bis zur Anrufung und Einschreitung des Gerichtes der Hauptsache der Zweck des Arrestes und damit die Verwirklichung des allenfallsigen Sieges in der Hauptsache vereitelt würde. In diesem Falle und wenn die Hauptsache nicht schon vor einem Gerichte anhängig ist, liegt es in der Natur der Sache, daß für die Arrestverlegung dasjenige Gericht zuständig erklärt wird, in dessen Bezirk die Person, oder die Sache, oder die Forderung sich befindet, auf welche Beschlag gelegt werden soll[1]. Wo die Mündlichkeit des Verfahrens herrscht und das Vorverfahren nicht vom Gerichte geleitet wird, sondern das Gericht nur in der Sitzung, in welcher die Verhandlung und Entscheidung stattfindet, sich mit der Sache befaßt, da wird von einer Rechtshängigkeit der Hauptsache die Rede nicht leicht sein können[2]. Da der Arrest wegen Gefahr der Vereitelung der Rechtshülfe gesucht und verhängt wird, so dürfte es dem Zwecke entsprechend sein, die Arrestanlegung ohne Unterschied an die Einzelnrichter, welche näher sind und schleuniger verfügen können, zu verweisen, die Rechtfertigungsverhandlungen aber und die Hauptsache dem Einzelnrichter dann zu entziehen, wenn das Objekt seiner Zuständigkeit entzogen oder die Hauptsache bei einem anderen Gerichte bereits anhängig ist.

Wenn mehrere **Rechtsstreitigkeiten derselben Parteien** unter sich in solchem inneren Zusammenhange stehen, daß sie ohne Nachtheil für die Verhandlung oder

---

[1]) Der bayer. Entw. Art. 18 behandelt die Lehre vom forum aresti weder einfach, noch vollständig, sondern verweist auf Art. 578.

[2]) Die Anmeldung zur öffentlichen Verhandlung kann das Gericht um deswillen nicht zuständig machen, weil das Gericht die Sache noch nicht kennt.

Entscheidung nicht getrennt werden können, so müssen sie zusammen vor das Gericht gebracht werden, wohin diejenige Sache gehört, welche unter den verschiedenen Streitigkeiten als Hauptsache erscheint (forum connexitatis)[1]).

Verschieden hievon ist, wenn aus einem und demselben Klagegrunde verschiedene Personen (Streitgenossen) mit einer vor den Gerichtsstand der Personen gehörigen Klage[2]) belangt werden, welche in verschiedenen Gerichtsbezirken wohnen. Hier ist in einigen Ländern das den verschiedenen Gerichten vorgesetzte Obergericht zuständig erklärt, und erst wenn verschiedene Obergerichte hiefür konkurriren würden, soll dem Kläger die Wahl unter den treffenden Gerichten erster Instanz zustehen: zweckmäßiger und dem Instanzenverhältnisse entsprechender ist es, dem Kläger unbedingt die Wahl unter jenen Gerichten erster Instanz zu lassen [3]).

Es kann sich aber auch treffen, daß eine und dieselbe vor das Gericht der gelegenen Sache gehörige Klage auf mehrere Gegenstände gerichtet ist, welche in verschiedenen Gerichtsbezirken gelegen sind (forum continentiae ex identitate): auch hier ist dem Kläger die Wahl zu lassen, an welches dieser verschiedenen Gerichte erster Instanz er sich wenden wolle[4]).

Die Zulässigkeit einer Widerklage ist zwar auch bei dem mündlichen Verfahren nicht zu bestreiten, es müssen jedoch hiebei die Gränzen gezogen werden, welche das münd-

---

1) Bayer. Entw. Art. 19. Vergl. hannöv. PO. §. 17.

2) Ist das Gericht der gelegenen Sache zuständig, so müssen natürlich alle Parteien dort Recht nehmen. Dieses will auch der bayer. Entw. Art. 2, welcher den persönlichen Gerichtsstand einen allgemeinen nennt.

3) Dieses will auch der bayer. Entw. Art. 2.

4) Art. 8 Abs. 3 des bayer. Entw. scheint diesen Fall im Auge zu haben. Vergl. Art. 26.

liche Verfahren erfordert. Hier ist indessen nur von dem Gerichtsstande der Widerklage zu sprechen. Die erste Bedingung ist, daß das für die Vorklage zuständige Gericht auch für Streitsachen derjenigen Klasse zuständig sei, zu welcher die Widerklage ihrem Gegenstande und ihrer Natur nach gehört[1]): vor den persönlichen Gerichtsstand kann z. B. keine Ehestreitigkeit, vor das Ehegericht keine Forderungsklage, vor das allgemeine Gericht kein Wechselprozeß als Widerklage gebracht werden[2]). Der Gegenstand der Widerklage muß von derselben Natur sein, wie der Gegenstand der Vorklage: einer Klage auf eine persönliche Forderung kann eine Widerklage aus einem dinglichen Rechte nicht entgegengesetzt werden und ebenso nicht einer Klage aus dinglichem Rechte eine Widerklage auf eine persönliche Forderung; wohl aber kann der actio confessoria die actio negatoria und selbst der actio confessoria des Klägers eine actio confessoria des Verklagten als Widerklage entgegengesetzt werden, vorausgesetzt jedoch, daß es sich dabei von Dienstbarkeiten desselben Objektes handelt[3]). Es ist ferner, besonders bei dem mündlichen Verfahren[4]), eine Bedingung der Zulässigkeit der Widerklage, daß diese mit der Vorklage gleichzeitig verhandelt werden kann: ist dieses nicht, so kann der Widerkläger nur bezwecken, entweder Sicherheit wegen seiner Gegenansprüche oder die Bequemlichkeit, dieser

---

[1]) Eine Wechselforderung kann jedoch vor dem allgemeinen forum zwar nicht im Wechselprozeß, wohl aber, wenn die übrigen Bedingungen vorhanden, in demselben Verfahren wie die Vorklage als Widerklage angebracht werden.

[2]) Bayer. Entw. Art. 16 mit Art. 31. — Ob es nicht die Anwendung erleichterte, wenn statt der Hinweisung auf andere Artikel eine andere Redaktion gewählt würde?

[3]) Der bayer. Entw. Art. 16 vergl. mit Art. 8 und 11 Abs. 2 ist strenger.

[4]) Vergl. Wetzel, Civ.-Proz. S. 686.

Ansprüche wegen sich nicht an ein entfernteres Gericht wenden zu müssen. Im ersten Falle handelt es sich von einer Sicherheitsbestellung, welche insoferne verlangt werden kann, als der Widerkläger in der Vorklage unterliegt und das, was er hiernach zu leisten hat, mit dem kompensiren will, was er mit der Widerklage verlangt und die Berechtigung hierzu bescheinigt. Im zweiten Falle wird der Gesetzgeber höchstens gegen Ausländer, namentlich wenn vom Auslande promte Justiz nicht gewiß ist, eine besonders zu verhandelnde Widerklage gestatten[1]). Unter obigen Voraussetzungen muß der Kläger sich die Widerklage gefallen lassen, auch wenn er der Gerichtsbarkeit desjenigen Gerichtes nicht unterworfen ist, vor welchem die Klage verhandelt wird. Wo Sachen von geringem Belange oder um der Beschleunigung willen an Einzelrichter gewiesen sind, da kann eine Widerklage, deren Gegenstand die Zuständigkeit des Einzelnrichters überschreitet, vor diesen nur gebracht werden, wenn Vor- und Widerklage aus einem und demselben Rechtsverhältnisse entspringen oder in solcher Verbindung stehen, daß die Widerklage ihrem Gegenstande nach auch als Einrede gegen die Vorklage zusteht, oder wenn der Gegner einwilligt[2]). Vor Kollegialgerichten kann jedoch eine vor den Einzelrichter gehörige Sache im Wege der Widerklage auch ohne obige Bedingungen angebracht werden.

Wenn die Gesetzgebung den Parteien erlaubt, ihre Rechtsstreitigkeiten vor ein hiefür nicht zuständiges Gericht[3])

---

[1]) Für die Widerklage des Ausländers gegen Ausländer fordert Art. 7 Abs. 4 des bayer. Entw. inneren Zusammenhang mit der Vorklage.

[2]) Ganz richtig im bayer. Entw. Art. 17.

[3]) Eben weil durch Prorogation ein nicht zuständiges Gericht angerufen wird, ist im Art. 1 des bayer. Entw. die Prorogation auch als Ausnahme zu benennen.

zu bringen und dort entscheiden zu lassen (Prorogation), so waltet zwar einige Aehnlichkeit mit den Schiedsgerichten insoferne vor, als die Uebereinstimmung beider Theile ein anderes Gericht als das zuständige wählt; im Wesentlichen aber besteht große Verschiedenheit, denn die Prorogation stellt nur an die Stelle des zuständigen Gerichtes ein anderes vom Staate bestelltes Gericht, und dieses ist für den ihm freiwillig vorgelegten Streit ganz in der Art zu handeln berechtigt und verpflichtet und ganz so dem Obergerichte untergeben, wie wenn die Sache vermöge des Gesetzes zu seiner Zuständigkeit gehörte. Es kann daher das Gericht keine Sache im Wege der Prorogation annehmen, für welche es gar nicht zuständig sein kann, z. B. das Handels- und Wechselgericht keine andere als Handels- und Wechselsachen, das ordentliche Gericht keinen Wechselprozeß. Es muß ferner das durch Prorogation zuständige Gericht denselben Prozeßgang beobachten, welcher ihm überhaupt vorgeschrieben ist und bei der Berufung sind dieselben Gesetze anwendbar, welche bei den ohne Prorogation entschiedenen Sachen anzuwenden sind. Die Prorogation kann nur auf dem freien Willen der Parteien und darf nicht auf Irrthum der Partei beruhen[1]; es muß also erhellen, daß jeder Partei die Unzuständigkeit des angerufenen Richters bekannt ist. Dem angerufenen Richter sollte freigestellt sein, ob er die Prorogation annehmen will, indem sonst zuweilen eine Ueberhäufung eines Gerichtes mit Geschäften und Nachtheil für die eigentlichen Dienstgeschäfte entstehen könnte: es ist eine Gestattung der Zurückweisung nur eine Konsequenz

[1]) Es kann besonders bei Streitigkeiten über Grundstücke oder deren Belastung ein Irrthum vorkommen, welcher Nachtheile zur Folge hat, z. B. Kostenvermehrung. — Der bayer. Entw. Art. 31 bedingt die Absicht der Prorogation nicht. Vergl. Art. 32 Abs. 1 und hannov. P.-O. §. 19.

des Grundsatzes, daß der Richter seine Zuständigkeit von Amtswegen zu prüfen hat[1]). Die Einwilligung des an sich zuständigen Richters wird nicht zu verlangen sein.

Die Frage von der Prävention der Gerichte bedarf einer Erörterung. Prävention ist nur denkbar, wenn von zwei oder mehr Gerichten jedes für denselben Rechtsstreit zuständig sein kann, z. B., wenn aus einem Vertrage sowohl in foro domicilii als in foro contractus Klage möglich ist. Von Prävention kann ferner im Verhältnisse zu den Parteien nur so lange die Rede sein, als nicht beide Theile schon vor demselben Richter sich eingelassen haben, denn wenn dieses geschehen, ist Litispendenz vorhanden: im Verhältnisse zu dem anderen konkurrirenden Gerichte könnte es sich nur von einem Kompetenzkonflikte handeln. Die Prävention kann nur durch eine Handlung des Gerichtes geschehen, durch welches dieses ausdrücklich oder auf konkludente Weise den Willen an den Tag legt, die Sache vor sich verhandeln zu lassen und zu entscheiden: keine Handlung der Parteien kann die Prävention begründen; eben so wenig die Handlungen des Gerichtsvollziehers im Vorverfahren und selbst nicht die Eintragung in die Liste der angemeldeten Streitsachen, denn dadurch wird das Gericht an der Zurückweisung der Sache wegen Mangels der Zuständigkeit nicht gehindert. Hieraus ergibt sich, daß das schriftliche Vorverfahren, bei welchem die Mittheilung der gegenseitigen Schriften nicht durch das Gericht, sondern durch den Gerichtsvollzieher geschieht, eine Prävention nicht begründet; ja nicht einmal die Ansetzung des Termines zur Verhandlung, obgleich sie vom Gerichtsvorstande geschieht, kann die Prävention bewirken, denn das Gericht kann dadurch um so weniger gebunden sein, die Prävention anzu-

---

[1]) Der bayer. Entw. sagt nichts von einer Berechtigung des Richters, die Prorogation zurückzuweisen.

erkennen, als der Gerichtsvorstand ihm in der Frage über die Zuständigkeit nicht vorgreifen kann und auch bei Festsetzung des Verhandlungstermines die Sache schwerlich so genau kennen wird, daß ihm ein Urtheil über die Zuständigkeit möglich wäre [1]). In jenen Fällen aber, wo die Klagezustellung angeordnet oder auf die Klage sogleich vom Richter verfügt wird, z. B. wenn der Einzelnrichter unter Anberaumung eines Verhandlungstermines die Zustellung der Klage anordnet, tritt die Prävention mit der Zustellung der Klage ein, und zwar erst mit der Zustellung, nicht mit der richterlichen Anordnung derselben, weil bis zu dieser der Verklagte — soferne der Kläger auch bei einem anderen zuständigen Gerichte geklagt hätte — bei diesem sich einlassen kann.

Für den Fall, daß verschiedene Gerichte derselben Instanz darüber in Widerspruch gerathen, welches derselben in einer bestimmten Sache zuständig sei — Kompetenzkonflikt, welcher bald affirmativ, bald negativ sein kann — muß ein höheres Gericht zur Entscheidung dieses Konfliktes ernannt und das Verfahren hiebei durch das Gesetz geregelt werden [2]).

---

[1]) Der bayer. Entw. Art. 155 läßt mit Zustellung der Klage die Wirkungen eintreten, welche die bayerische Ger.=Ordn. von J. 1753 damit verbindet. Allein nach jener Ger.=Ordn. theilt der Richter die Klage mit, wenn er sich für zuständig erachtet: auf das neue Verfahren werden jene Bestimmungen unmöglich angewendet werden können. Vergl. bayer. Entw. Art. 177, 178, 208, 212, 213, 214, 217. — Auch das hannov. Proz.=Ges. Art. 190 läßt die Prävention mit der Klagezustellung eintreten.

[2]) Der bayer. Entw. Art. 26 — 30 enthält hierüber zweckmäßige Vorschriften: es spricht aber Art. 26 auch von einem Falle, wo aus der Verhandlung mehrerer im Zusammenhange stehender Sachen bei verschiedenen Gerichten ein Widerspruch der Entscheidung über dasselbe Rechtsverhältniß entstehen könnte. Die Nothwendigkeit einer solchen Bestimmung wird bei Erwäg=

Durch ein systematisches Ordnen der Gerichtsstände dürfte der Gesetzgeber die richtige Auffassung und Anwendung seiner Bestimmungen erleichtern und es möchte folgende Eintheilung sachgemäß sein: I. Allgemeine Gerichte: A. Allgemeine Gerichtsstände: 1) persönlicher Gerichtsstand; 2) Gerichtsstand der gelegenen Sache; B. Besondere Gerichtsstände: 1) Gerichtsstand des Vertrages; 2) der Verwaltung; 3) der Beschädigung; 4) des Arrestes; 5) des Zusammenhanges (Konnexität) der Streitobjekte; 6) der Einheit des Klagegrundes (continentia causarum ex identitate): a) derselbe Streitgegenstand in verschiedenen Gerichten; b) bei dem nämlichen Streitobjekte die Verklagten in verschiedenen Gerichten. II. Besondere Gerichte: A. Ehegerichte, B. Handels- und Wechselgerichte, C. Berggerichte. III. Gerichtsstand der Widerklage. IV. Prorogation. V. Prävention. VI. Kompetenzkonflikte[1]).

IV.

Besetzung der Gerichte.

Jeder Mensch in jedem Verhältnisse des Lebens ist der Gefahr ausgesetzt, sich zu irren und weder die Rechtsverständigen noch die Sachverständigen sind hievon ausgenommen. So unbestreitbar dieses ist, so gewiß ist es aber auch, daß, wenn mehrere Menschen über denselben in dem Kreise ihrer Kenntnisse gelegenen Gegenstand sich berathen und

---

ung der Fälle des fori connexitatis und des fori continentiae ex identitate (s. oben) nicht gegeben sein.

[1]) Der bayer. Entw. enthält im Abschnitte vom Gerichtsstande Art. 13—15 Bestimmungen, welche nicht den Gerichtsstand, sondern das Verhältniß der Strafsachen zu den Civilstreitsachen und die Benützung der im Strafprozesse erhobenen Beweise im Civilprozesse betreffen und in die Abschnitte vom Verfahren und vom Beweise gehören.

urtheilen, die Verschiedenheit ihrer Auffassung und der Ideenaustausch ein Resultat möglich machen, welches dem Irrthum weniger unterworfen ist, als die Ansicht und das Urtheil des Einzelnen. Hierauf und auf dem Bestreben der Gesetzgeber, die Rechtspflege so zuverlässig als möglich zu machen, beruht es, daß für die Entscheidung wichtiger Rechtsstreitigkeiten mehr Richter aufgestellt werden, als für die Entscheidung der geringfügigen. Die Ausscheidung der geringfügigen von den bedeutenden Gegenständen ist leicht, wenn eine Geldsumme oder ein nach Geld zu schätzender Gegenstand das Streitobjekt bildet; außerdem findet man in der Natur des Streitgegenstandes öfters Anhaltspunkte zur Ausscheidung, und es muß bei der Ausscheidung leitender Grundsatz sein, daß, so wie ein vernünftiger Hausvater nicht leicht auf einen Rechtsstreit so viel verwenden wird, daß die Kosten den Streitgegenstand ganz oder größtentheils aufwiegen, der Gesetzgeber theils durch Verweisung vor geringer besetzte Gerichte, theils durch Versagung höherer Instanzen dafür sorgen muß, daß durch Streitigkeiten weder den Parteien unverhältnißmäßige Kosten, noch dem Staate unverhältnißmäßiger Aufwand auf die Gerichte veranlaßt werde. Welche Summe aber zu den geringen oder zu den bedeutenderen zu zählen sei, hängt vom Nationalwohlstande ab.

Streitigkeiten über geringe Gegenstände [1]) kann man in erster Instanz sehr wohl an Einzelnrichter verweisen: die bedeutenderen gehören schon in erster Instanz vor Kollegien und da diese bedeutenderen Gegenstände bald von hoher, bald von sehr hoher Bedeutung sind, so wird man auch un-

---

[1]) In Bayern wurde im Jahre 1837 eine Summe von 100 Gulden, im Jahre 1856 eine Summe von 150 Gulden festgesetzt. Die letztere Summe dürfte zu hoch sein, wird aber im Entwurfe v. J. 1861 Art. 21 beibehalten.

ter ihnen unterscheiden und für Streitigkeiten über sehr bedeutende Objekte schon in erster Instanz zahlreicher besetzte Kollegien aufstellen müssen, als für die geringeren, obgleich schon bedeutenden Objekte[1]). Es ist hier ein ähnliches Verhältniß wie bei Strafsachen, wo man die Kollegien erster Instanz je nach der Größe der Anschuldigung bald mit drei, bald mit fünf Richtern besetzt[2]).

Es gibt Streitigkeiten über Gegenstände, welche nicht in Geld bestehen oder nach Geld zu schätzen, aber offenbar von so geringer Bedeutung sind, daß sie sehr wohl an Einzelnrichter verwiesen werden können, besonders wenn sie zugleich von der Art sind, daß sie schleunige Rechtshülfe erfordern, z. B. Streitigkeiten zwischen Dienstherren und Dienstboten, Streitigkeiten über Gewähr der Viehmängel, wo gewöhnlich auch schleunige Besichtigung mit Zuziehung von Sachverständigen erforderlich ist. Es sind ferner vor die Einzelnrichter — weil deren in einem Bezirke mehrere und diese in verschiedenen Orten aufgestellt sind, und demnach schneller einschreiten können — alle jene Streitigkeiten zu verweisen, wo schnelle Rechtshülfe nothwendig ist, z. B. Schutz im Besitz, Arrest u. s. w., zumal sie nur einen vorübergehenden Zustand festsetzen, also wenn der Gegenstand

---

[1]) Z. B. für Streitigkeiten über den Werth von 100 bis 1000 Gulden drei — bei höherem Werthe fünf Richter. — In Bayern wurden im Jahre 1856 für alle Gegenstände über mehr denn 150 Gulden nur 3 Richter bestimmt, was um so eigenthümlicher war, als man zugleich die kollegiale Verfassung der Landgerichte auch aus dem Grunde aufhob, weil drei Richter, aus welchen damals die Landgerichte bestanden, ein zu gering besetztes Kollegium bilden.

[2]) In Bayern werden jetzt nur Vergehen von den Gerichten ohne Geschworene abgeurtheilt und sind hiezu in erster Instanz nur 3 Richter nothwendig. Es dürfte sich indessen bald zeigen, daß bei schwer verpönten Vergehen 3 Richter zu wenig sind.

bedeutend ist, im folgenden Rechtsstreite von einem Kollegium entschieden werden können[1]).

So wie es Streitgegenstände gibt, welche offenbar vor die Einzelnrichter gewiesen werden können, so gibt es andere, welche nicht in Geld schätzbar, aber von so hoher Bedeutung sind, daß sie offenbar nicht vor die Einzelnrichter, sondern vor Kollegien zu weisen sind. Es gehören hieher die Todeserklärung Verschollener, dann die Blödsinnigkeits-, Wahnsinn- und Prodigalitätserklärungen, welche ohne rechtliches Gehör und ohne rechtskräftigen Richterspruch nicht denkbar sind und nicht blos pekuniären Werth haben, sondern das Recht betreffen, im Staate als Rechtssubjekt fortzubestehen und über seine Person und sein gegenwärtiges und künftiges Vermögen zu verfügen.

Es gehören hieher ferner die Ehescheidungsprozesse. Daß dieselben vor Einzelnrichter zu verweisen wären, wird wohl Niemand behaupten: die Ehe ist aber nicht blos für die Familie, sondern auch für den Staat, für Ordnung und Sittlichkeit ein so wichtiges Institut, daß Ehescheidungsprozesse fast überall mit Umgehung der ersten Instanz sogleich an eine höhere Instanz verwiesen werden und daß demnach, wenn man keinen privilegirten Gerichtsstand für sie gewähren will, ein Kollegium von wenigstens fünf Richtern die erste Instanz bilden muß[2]). Wenn man

---

[1]) Die Gesetze sollten mehr, als gewöhnlich geschieht, die vor den Einzelnrichter gehörigen Streitigkeiten nach Klassen und nicht durcheinander aufführen: die Auffassung und das Behalten im Gedächtnisse werden dadurch erleichtert, mithin die Anwendung mehr gesichert.

[2]) So lange die Ehe in den Gerichten nicht als Civilehe betrachtet werden kann, dürfen in protestantischen Ehestreitigkeiten nur Protestanten Richter sein. Die katholische Kirche erkennt auch die protestantisch geschlossene Ehe als gültig und die katholischen geistlichen Ehegerichte scheiden wegen der Idee des Sakramentes keine

in Nachahmung des französischen Rechtes nur drei Richter in erster Instanz aufstellt, so übersieht man, daß deutsche Sitte die Ehe höher achtet, als die Sitte anderer Länder.

Die Handels- und Wechselgerichte haben zwar bald über minder, bald über mehr wichtige Streitigkeiten zu entscheiden: allein es kann hier von Einzelnrichtern die Rede nicht sein, sobald man Richter aus dem gelehrten Stande und Richter aus dem Kaufmannsstande zusammensetzt; geringfügige Sachen werden ohnedies nur wenige vorkommen; auch ist es räthlich, daß um der Gleichförmigkeit der Praxis willen die Besetzung so viel möglich immer dieselbe ist.

Die französische Einrichtung, nach welcher in erster Instanz nur Kaufleute, in zweiter Instanz nur Rechtskundige richten, ist nicht zu empfehlen, denn wenn gleich versichert wird und der Verfasser gegenwärtiger Schrift aus eigener Anschauung bestätigen kann, daß dort in erster Instanz bedeutende Formfehler nicht oft vorkommen, so ist es doch an sich schon einleuchtend, daß ein Prozeßgang unter Direktion eines Rechtsverständigen regelrechter geführt wird und wenn Fragen aus der Rechtswissenschaft vorkommen, die Kaufleute zur Entscheidung nicht immer befähigt sind. Insbesondere findet man dieses, wenn die Gerichtszuständigkeit, ferner wenn bei Kontumazialerkenntnissen die Begründung der Klage und bei angetragenen Eiden, wenn die Erheblichkeit und Nothwendigkeit des Eides geprüft werden soll. Es

---

protestantisch geschlossene Ehe hinsichtlich des Bandes. Kein Katholik kann ohne Verletzung der Grundsätze seiner Religion für gänzliche Trennung der Ehe stimmen, keiner kann sonach in einem protestantischen Ehegerichte als Richter sitzen und es steht ihm eben deshalb das Mißtrauen und ein Ablehnungsgrund entgegen. Leider läßt man in Bayern ausnahmsweise Katholiken zu. Gerichtsverf.-Ges. v. 10. Nov. 1861 Art. 74.

dürfte ein Handels- und Wechselgericht erster Instanz stets mit einem Vorsitzenden und zwei Beisitzern aus dem Richterstande, dann zwei Beisitzern aus dem Kaufmannsstande zu besetzen sein[1]).

So wie in Handels- und Wechselsachen, so sind auch in Bergsachen in die Gerichte Bergwerksverständige zu ziehen[2]).

Die höheren Instanzen, obgleich dorthin nur die ausgezeichneten Mitglieder aus den vorigen Instanzen genommen werden sollen, müssen dennoch immer etwas zahlreicher als die vorige Instanz besetzt werden, damit höhere Zahl und höhere Intelligenz vereint zu höherem Vertrauen Grund legen. Werden die Handels- und Wechselgerichte erster Instanz, wie vorhin vorgeschlagen, mit 3 Rechtskundigen und 2 Kaufleuten besetzt, so dürfte das Gericht zweiter Instanz aus einem Vorsitzenden und vier Richtern aus dem Juristenstande bestehen, dann aber zwei Kaufleute genügen, weil diese doch nur vorzüglich wegen der technischen Fragen beigezogen werden[3]).

Eben so verhält es sich bei den Berggerichten[4]).

---

[1]) In Bayern ist durch Ges. v. 10. Nov. 1861 bestimmt, daß die Handelsgerichte erster Instanz mindestens (warum nicht immer?) mit drei rechtsgelehrten Richtern und mit zwei Beisitzern aus dem Kaufmannsstande besetzt werden sollen.

[2]) In Bayern nach Verordn. v. 14. Sept. 1809 in erster Instanz zwei Juristen und ein Bergbeamter.

[3]) In Bayern mindestens vier Rechtsgelehrte und drei Mitglieder des Kaufmannstandes.

[4]) In Bayern in zweiter Instanz fünf Rechtsgelehrte und ein Bergbeamter; in dritter Instanz vier Rechtsgelehrte und zwei Oberbergräthe.

V.

Staatsanwaltschaft.

Während vor den Civilgerichten öfters Verhandlungen vorkommen, bei welchen der Staat und die öffentliche Ordnung mittelbar betheiligt sind, war bisher in mehreren deutschen Staaten nicht immer dafür gesorgt, daß der Staat hiebei vertreten werde[1]). Es verhielt sich hier ähnlich, wie bei Ausübung der Strafrechtspflege: um den Vertreter des Staates dem Angeklagten gegenüber zu ersparen, bürdete man dem Untersuchungsrichter die Doppelrolle des Anklägers und des Vertheidigers auf, muthete selbst dem entscheidenden Richter neben der ihm obliegenden Unparteilichkeit noch jene beiden Rollen zu und gestattete dem höheren Richter das Recht einer reformatio in pejus.

Ein bedeutender Fortschritt ist in diesen Beziehungen der neueren Zeit zu verdanken und wenn wir hiebei die französischen Einrichtungen theilweise als Vorbild nehmen, so bewähren wir, daß wir das Gute auch vom Auslande gerne herüber nehmen, müssen uns aber sehr hüten, dabei nicht wie bei den Moden in Kleidern in eine Nachahmungssucht zu verfallen, welche in der Wissenschaft und in der Gesetzgebung leicht schädlich wirkt, zuweilen wahren Ueberfluß bringt und unserm Charakter nicht zum Lobe gereicht.

Obgleich gegenwärtige Schrift nur dem Civilprozesse gewidmet ist, so muß doch bei der Frage über die Staatsanwaltschaft und deren Stellung das Institut in seiner ganzen Wirksamkeit, mithin zum Theil auch in Beziehung auf den Strafprozeß berücksichtigt werden[2]).

---

[1]) Heffter, im Archiv für Krim.-Recht, Jahrgang 1845 S. 595, lieferte eine Darstellung des ehemaligen und zum Theil noch bestehenden Fiskalates in Deutschland mit seinen Fehlern.

[2]) S. auch Planck in den Bemerkungen über den Entwurf einer

Vor Allem müssen wir uns klar machen, zu welchem Zwecke der Staatsanwalt in den Gerichtssitzungen bei Verhandlungen von Civilrechtsstreitigkeiten gegenwärtig sein soll.

Wenn in einem Rechtsstreite der Staat oder eine Staatsanstalt **unmittelbar** betheiligt ist, sei es als Partei oder als Intervenient, so wird für dieselbe ein besonderer Vertreter aufgestellt, z. B. für das Finanzärar ein fiskalischer Anwalt, und es wäre Ueberfluß, noch nebenbei den Staatsanwalt gegenwärtig sein zu lassen: ist aber dem Staatsanwalt diese Vertretung übertragen, so bedarf es nicht noch eines zweiten Staatsanwaltes. Der Staatsanwalt hat nur da aufzutreten, wo der Staat mittelbar betheiligt und nicht schon vertreten ist.

Eine mittelbare Betheiligung des Staates bei Civilprozessen kann nicht darin gesucht werden, daß, da der Staatsgewalt an richtiger Anwendung der Gesetze gelegen sei, der Staatsanwalt als Wächter der Gesetze (der beliebte Ausdruck) berufen sei, am Schlusse der Verhandlung ein Rechtsgutachten abzugeben und soferne der Richterspruch seiner Ansicht entgegen ist, nach rechtskräftig entschiedener Sache zur Wahrung des Gesetzes eine Nichtigkeitsbeschwerde an den Kassationshof zu richten. Man darf doch wohl voraussetzen, daß die Staatsregierungen die Gerichte mit Richtern besetzen, welche der Rechtswissenschaft und der Gesetze so kundig sind, daß sie einer Belehrung durch den Staatsanwalt nicht bedürfen: die Staatsregierung würde sich durch Uebertragung solcher Funktion an den Staatsanwalt das Zeugniß nachlässiger Richteramtsbesetzung geben. Es ist aber auch die Absicht der französischen Civilprozeßgesetzgebung nicht dahin gerichtet, denn wenn der Staatsanwalt ein solches Gutachten abzugeben hätte, so müßte er

---

Prozeßordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für das Königreich Bayern. München 1862 S. 41 fg.

in allen Civilprozessen hiezu beauftragt sein, während er doch nur in bestimmten Fällen zu den gerichtlichen Verhandlungen beigezogen werden muß [1]). Eine Richtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes würde wieder voraussetzen, daß die Staatsregierung dem von ihr bestellten Staatsanwalt mehr Rechtskenntniß zutraut, als den ebenfalls von ihr bestellten Richtern: über solche Beschwerde werden wir indessen unten noch weiter sprechen.

Wenn der Staatsanwalt in Civilrechtsstreitigkeiten, wo der Staat nicht Partei ist, nur in gewissen Fällen gehört werden soll, so müssen diese Fälle von der Art sein, daß dabei der Staat oder die öffentliche Ordnung zwar nur mittelbar, aber **wirklich betheiligt** ist und der Staatsanwalt nicht in Form eines Gutachtens oder einer Rechtsansicht, sondern in der Form einer Intervention, deren Vertretung ihm übertragen ist, auftritt, Anträge stellt und gegen das seiner Ansicht nicht entsprechende Urtheil die auch den Parteien gestatteten Rechtsmittel ergreifen kann. Hieher kann man Streitigkeiten über den Gerichtsstand, Ablehnung von Gerichtspersonen, Verweisung an ein anderes Gericht rechnen, auch Syndikatsklagen, soferne eine subsidiäre Haftung des Staates in Aussicht steht; besonders aber Ehestreitigkeiten, weil dem Staate daran gelegen ist, daß das Band der Ehe heilig gehalten werde und nur unglückliche Ehen der Scheidung unterliegen.

Das französische Recht [2]) verordnet die Anhörung

---

[1]) Code de proc. civ. art. 83. 112. — Ebenso der bayer. Entw. Art. 134 und die hannöv. bürgerl. Prozeßordn. v. 8. Novbr. 1850 Art. 82.

[2]) Code de proc. art. 83. — Art. 134 des bayer. Entw. ist dem französ. Rechte nachgebildet. — Die neue hannöv. bürg. Prozeßordnung Art. 81—85 ist theilweise ebenfalls nach französischem Muster.

des Staatsanwaltes in verschiedenen Fällen, wo selbst eine nur mittelbare Betheiligung des Staates in der That nicht vorhanden ist, sondern kaum in der entferntesten Weise gedacht werden kann. Diese Fälle sind: wenn Gemeinden, öffentliche Anstalten u. s. w. Partei sind; wenn über den Personenstand eines Menschen gestritten wird; in Sachen, welche Vormundschaften betreffen oder wo unter Kuratel oder Vormundschaft stehende Personen Partei sind; wenn vermuthlich abwesende Personen betheiligt sind; insbesondere auch, wenn Ehefrauen ohne Einwilligung ihres Mannes oder wegen ihrer Mitgift handeln.

Wir müssen hier zuerst die Bestellungen von Vormündern und Kuratoren für Minderjährige, Geisteskranke, Verschwender und Abwesende ausscheiden. Handelt es sich nur von der Kuratelbestellung und nicht zuerst von der Entmündigung, so ist gar kein Gegenstand eines Rechtsstreites vorhanden, sondern von einer Handlung der vormundschaftlichen Behörde die Rede. Diese Handlung gehört gar nicht in ein Gesetzbuch über das Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten [1]) und selbst wenn der Staatsanwalt aus dem Grunde auf die Bestellung eines Vormundes oder Kurators antragen soll, weil kein Verwandter oder sonst Jemand hierauf Antrag stellt, gehört die gesetzliche Bestimmung hierüber in das Vormundschaftsrecht oder in ein Gesetz über das Verfahren in nicht streitigen Rechtssachen. Handelt es sich aber davon, daß ein Geisteskranker oder ein Verschwender entmündigt und einer Kuratel unterworfen werden soll, so liegt zwar ein Gegenstand der streitigen Gerichtsbarkeit vor, allein man muß wieder unterscheiden, ob eine Privatperson auf die Entmündigung angetragen hat oder

[1]) Der bayer. Entw. Art. 134 Nr. 3, 5, 8 wird einer Aenderung unterliegen müssen.

nicht. Im ersteren Falle muß der Antragsteller eben so wie der Vertreter des Imploranten, wenn sie nicht als Rechtsverständige ohne Anwalt zuzulassen sind, durch einen Anwalt vertreten werden, weil die Verhandlung vor ein Kollegialgericht gehört. Wenn aber keine Privatperson den Antrag auf Entmündigung gestellt hat, so muß zwar dem Staatsanwalt gesetzlich obliegen [1]), diesen Antrag zu stellen, dann aber ist er nicht mehr ein Dritter im Streite, sondern Partei, und so wie ihm in dieser Eigenschaft volle Vertheidigung seines Antrages obliegt, so stehen ihm auch alle Rechtsmittel zu Gebote, welche in solchem Falle jedem Anwalte einer Partei zustehen.

In allen übrigen obenerwähnten Fällen muß man bedenken, daß die Parteien, namentlich Gemeinden, Korporationen, Minderjährige u. s. w., dann Abwesende, durch ihre Vertreter und wenn diese nicht als Rechtsverständige ohne Anwalt zugelassen werden, auch durch Anwälte vertreten werden und daß es eine Ungleichheit der Parteien vor Gericht herbeiführen würde, wenn die eine Partei deshalb, weil sie eine Korporation, ein Minderjähriger ist, neben der Vertretung ihres Anwaltes noch eine Rechtsvertretung durch den Staatsanwalt genießen sollte. In dieser Art aber und nicht in der Eigenschaft eines unparteiischen Gutachtens muß die Aeußerung des Staatsanwaltes erscheinen, weil das französische Gesetz seine Vernehmung nur anordnet, wenn dergleichen Personen betheiligt sind und weil es höchst sonderbar wäre, wenn der Staatsanwalt gerade gegen solche Personen ein ihnen nachtheiliges Gutachten abgeben würde.

---

[1]) Der bayer. Entw. hat das Verfahren bei Wahnsinnigkeits-, Verschwendungs- und Verschollenheitserklärung übergangen und dürfte es nachzuholen haben.

In den Fällen, wo Ehefrauen ohne Zustimmung ihres Ehemannes vor Gericht auftreten können, sind sie den unverheiratheten Frauenspersonen gleich, müssen vor Kollegialgerichten durch einen Rechtsanwalt vertreten werden und die Vernehmung des Staatsanwaltes wäre, wie in den vorerwähnten Fällen, eine Gefährdung ihres Gegners. Wo aber eine Ehefrau nur mit Zustimmung ihres Ehemannes vor Gericht auftreten kann, da ist, wenn der Mann nicht zustimmt, von einer richterlichen Supplirung des eheherrlichen Konsenses, nicht aber von einer Vertretung durch den Staatsanwalt die Rede, und wenn jener Konsens supplirt ist, so wird die Ehefrau eben so, wie wenn ihr Ehemann eingewilligt hat, durch einen Anwalt vertreten und es bedarf keiner Vernehmung des Staatsanwaltes [1]).

In Gantsachen zieht das französische Recht den Staatsanwalt besonders deshalb bei, damit er im Falle des Verdachtes eines betrügerischen Bankerottes seine Pflicht erfülle und seine Vernehmung soll auch dann stattfinden, wenn der Verdacht einer strafbaren Handlung vorhanden [2]). Nun läßt sich zwar nicht bestreiten, daß es nothwendig ist, daß im Falle eines Verdachtes eines betrügerischen Bankerottes oder sonst einer strafbaren Handlung die Organe der Strafgewalt Kenntniß erhalten müssen, um zur geeigneten Einschreitung veranlaßt zu werden, allein so wie man den Staatsanwalt nicht berechtigen kann, in einer Gantsache ein civilrechtliches oder civilprozessualisches Gutachten abzugeben, so läßt sich auch weder in einer Gantsache, noch sonst in einer Civilstreitsache eine Vernehmung des Staatsanwaltes recht-

---

[1]) In Bayern wurde im Landtagsabschiede v. 10. Nov. 1861 §. 28 Ziff. 1 die cura sexus über Frauenspersonen, wo sie noch bestand, aufgehoben: es wäre theilweiser Widerspruch, ihnen nun durch das Gesetz einen zweiten Rechtsvertheidiger in der Person des Staatsanwaltes zu geben.

[2]) So auch bayer. Entw. Art. 134 Nr. 9, 10.

fertigen, und selbst wenn der Verdacht eines Verbrechens sich ergibt, ist der Staatsanwalt nicht zu vernehmen, sondern er kann nur, wenn die Lage der Sache es erfordert, auf Vertagung der Civilstreitsache antragen.

Es ergibt sich nun, daß der Staatsanwalt in allen Civilrechtsstreitigkeiten, wo er nicht deshalb als Vertreter des Staates auftritt, weil dieser unmittelbar oder mittelbar betheiligt ist, auch gegen den rechtskräftigen Richterspruch zu einer Beschwerde zur Wahrung des Gesetzes nicht ermächtigt werden kann[1]: haben die Parteien, denen allein an dem Ausgange des Prozesses liegt, sich bei dem Urtheile beruhigt oder ist für sie kein Rechtsmittel mehr vorhanden, so ist es ein wahrer Mißstand, wenn auf eine zur Wahrung des Gesetzes erhobene Beschwerde der oberste Gerichtshof ausspricht, daß ein rechtskräftiges Urtheil das Gesetz verletzt habe. Der Staat schwächt durch Gestattung solcher Beschwerde das Ansehen der von ihm angeordneten Rechtspflege und das Vertrauen in dieselbe, denn er läßt durch ein von ihm eingesetztes Justizkollegium aussprechen, daß ein anderes von ihm ebenfalls eingesetztes Justizkollegium ein Gesetz und damit das Recht der einen Partei verletzt habe und daß er die Macht nicht besitze, dieses rechtskräftige Unrecht wieder gut zu machen[2].

Wenn nun gleich die Nothwendigkeit der Kenntniß des Staates von allen Civilrechtsstreitigkeiten, wobei er wirklich

---

[1]) Plank a. a. O. S. 53 ff.

[2]) Sollte wohl es als zu weit getriebenes Mißtrauen anzusehen sein, wenn man sich die Möglichkeit denkt, die Einmischung des Staates im Civilprozesse und die Beschwerde zu Wahrung des Gesetzes hätten in Frankreich eigentlich den Zweck, die Rechtsprechung nach politischen Tendenzen der Staatsregierung zu leiten und die Staatsanwaltschaft dabei als zum Besten der Unterthanen errichtetes Institut darzustellen?

betheiligt ist, anerkannt wird, so werden doch hiefür folgende Regeln aufzustellen sein: 1) Wenn bei einer Civilstreitsache der Staat unmittelbar oder mittelbar betheiligt ist und der Staatsanwalt für ihn auftritt, so stehen diesem alle Rechte und Rechtsmittel zu, welche jedem anderen Vertreter einer Partei in solchem Falle zustehen. 2) Wird der Staat in einer Civilstreitsache durch einen anderen als den Staatsanwalt vertreten, so bedarf es keiner Gegenwart des Staatsanwaltes. 3) In allen Civilstreitsachen, in welchen der Staat weder unmittelbar noch mittelbar betheiligt ist, kann[1]) der Staatsanwalt der Verhandlung beiwohnen und wenn er bemerkt, daß der Staat dabei betheiligt oder ein Strafgesetz verletzt sei, so hat er die treffende Behörde hievon zur geeigneten Einschreitung in Kenntniß zu setzen, kann auch erforderlichen Falls auf Vertagung der civilprozessualischen Verhandlung antragen; in das Parteiverhältniß der Civilstreitsache aber hat er sich nicht zu mischen, insbesondere steht ihm nicht zu, seine Rechtsansicht hierüber auszusprechen.

Mag nun der Wirkungskreis der Staatsanwaltschaft bei Civilrechtsstreitigkeiten mehr oder minder umfassend festgesetzt werden, immer ist es nothwendig, das Verhältniß des Staatsanwaltes zur Staatsregierung, zu den Gerichten, dann zu den Parteien und deren Anwälten (im Strafprozesse zu den Angeschuldeten und den Vertheidigern), dann zu den Zeugen zu betrachten, indem diese Verhältnisse berücksichtigt werden müssen, wenn von einer Civilprozeßgesetzgebung die Rede ist. Eine Erörterung hierüber erscheint um so nothwendiger, als beinahe in allen Staaten, wo die Staatsanwaltschaft besteht (obgleich nicht bei allen Gerich-

---

[1]) Ob nicht hier der Kostenersparniß wegen eine Einschränkung zulässig, bedarf einer besonderen Untersuchung.

ten) Differenzen vorkommen [1]), welche um so seltener an den Tag treten werden, je richtiger die Stellung der Staatsanwaltschaft aufgefaßt und festgesetzt wird [2]).

Der Staatsanwalt soll, wie schon sein Name zeigt, Anwalt, d. i. Vertreter des Staates bei den Gerichten sein; er ist dieser Vertreter sowohl in Civilrechtssachen — in Gegenständen der streitigen wie der nicht streitigen Gerichtsbarkeit — als in Strafrechtssachen. Eben darum aber, weil der Staatsanwalt die Rechte des Staates vertritt und der Staat berechtigt ist, diese Rechte auszuüben oder deren Verfolgung zu unterlassen, eben darum steht es auch der Staatsregierung in der Regel frei, dem Staatsanwalte die Verfolgung eines Rechtes des Staates aufzutragen oder nicht. Diese Regel erleidet aber eine Ausnahme in Hinsicht auf die Rechtspflege: die Rechtspflege muß in jedem civilisirten Staate unabhängig von der Einwirkung der Staatsregierung sein: Kabinetsregierung und damit Ministerialjustiz ist unbedingt unzulässig. So wie in Strafsachen die Verfolgung der Verbrecher mit Nothwendigkeit eintritt und es der Staatsregierung nicht erlaubt sein kann, Verbrecher durch Nichtverfolgung zu begünstigen und dem Staatsanwalte die Verfolgung zu untersagen; so wie es nicht nur der Staatsregierung unwürdig, sondern auch ein Frevel an der Gerechtigkeit wäre, von dem Staatsanwalte ungerechte Verfolgung eines Angeklagten zu verlangen [3]): ebenso kann in

---

[1]) Vergl. z. B. Schlink, Kommentar über die französische Civilprozeßordnung Bd. II S. 84. Bopp, im Gerichtssaale v. J. 1855 Bd. I S. 207 ff.

[2]) Eine würdige Auffassung der Stellung der Staatsanwaltschaft (in Strafsachen) hat Oberstaatsanwalt Schwarze im Gerichtssaale 1859 S. 1 geliefert.

[3]) Wenn der Staatsanwalt durch die Verhandlung einer Strafsache die Ansicht gewinnt, daß die Grundlagen des Verweisungser-

Civilstreitsachen der Privaten, wobei der Staat nur mittelbar betheiligt ist, z. B. in Ehestreitigkeiten, die Staatsregierung dem Staatsanwalte nicht untersagen, seine Ansicht (z. B. daß im vorliegenden Falle eine Scheidung nicht begründet) dem Gerichte darzulegen. Eben darum muß der Staatsanwalt zwar nicht so unabhängig wie der Richter, aber doch so gestellt sein, daß er sein Amt auch der Staatsregierung gegenüber ohne Gefahr für seine Existenz als Staatsdiener verwalten kann.

Auch im Verhältnisse zu den Gerichten ist der Staatsanwalt nur Anwalt, nur Vertreter des Staates, kann also den Gerichten nicht koordinirt sein. Allerdings handelt er für den Staat und aus Auftrag des Regenten: aber auch die Gerichte handeln nicht nur im Namen des Staates, sondern sie erkennen ausdrücklich im Namen des Regenten, von welchem alle Gerichtsbarkeit ausgeht [1]). Wenn der Staat die Frage über die Rechtmäßigkeit oder Unrechtmäßigkeit seiner Anträge und Ansprüche dem Urtheile seiner Gerichte unterwirft, so ist es unmöglich, daß das Organ, durch welches der Staat jene Ansprüche und Anträge dem Gerichte zur Prüfung und Entscheidung vortragen läßt, im Verhältnisse zu dem Gerichte höher stehe, als der Staat selbst in

---

kenntnisses nicht vorhanden sind, so kann er zwar das Verweisungserkenntniß nicht zurücknehmen, aber Pflicht und Ehre gebieten ihm, seine Ansicht offen auszusprechen und wer ihm solches tadeln wollte, würde dadurch entweder Sinn für Unrecht oder Mangel an Einsicht in die Natur eines Verweisungserkenntnisses verrathen, welches nur die Basis für die Hauptverhandlung, nicht die Basis für das Urtheil selbst zu geben hat.

1) Der bayer. Entw. Art. 126 gibt dem Gerichtsvorstande die Polizei in der Gerichtssitzung, schweigt aber vom Staatsanwalte. Dieser korrespondirt jedoch nicht unter der Firma „Im Namen des Regenten"; diese Form steht den Gerichten zu.

der Sache sich stellt. Wenn das Gericht im Namen des Regenten versammelt ist und die Gerechtigkeit verwaltet, steht es höher als Alle, welche vor Gericht erscheinen, und diese Alle sind ihm Ehrerbietung und seinen gesetzlichen Anordnungen Folgsamkeit schuldig. Der Staatsanwalt ist hievon nicht ausgenommen. Da er indessen nur für den Staat handelt und eben deshalb, selbst wenn der Staat unmittelbar betheiligt ist, nur wahres Recht vertheidigen und verfolgen, Parteilichkeit nicht im Entferntesten üben darf, so steht er im Gerichte, welches ebenfalls nur wahres Recht aussprechen darf, formell höher als Privatparteien und Angeklagte, welche in ihrem Privatinteresse handeln und deren Anwälte und Vertheidiger, welche, obgleich ihnen die Vertheidigung ungerechter Sachen verboten ist, doch in zweifelhaften Fragen die ihren Klienten günstige Ansicht zu vertreten befugt sind. Diese höhere Stellung des Staatsanwaltes begründet es, daß diesem bei den gerichtlichen Verhandlungen, denen er beizuwohnen hat, sein Platz zwar nicht bei und zwischen den Richtern selbst, aber in deren Nähe als bevorzugter Platz angewiesen wird. Diese Auszeichnung ändert aber sein Verhältniß zu dem Gerichte nicht im Geringsten, gibt ihm insbesondere kein Recht, im Tone der Anmaßung oder auch der Requisition zu sprechen [1]), oder Verfügungen des Gerichtes oder dessen Vorsitzenden in unanständiger Weise zu kritisiren; er muß gleich den Parteien und Anwälten von seinem Sitze aufstehen, wenn das Gericht eintritt; eben so wenn er zu dem Gerichte spricht, weil dieses im Namen

---

[1]) Es wird kaum vorkommen, daß ein Staatsanwalt, der doch immer ein Mann von Bildung ist, die Regeln des gebildeten Umganges in der geheimen wie in der öffentlichen Sitzung vernachlässige, sei es in Kleidung, in der Wahl des Ausdruckes in der Rede oder sonst in irgend einer Beziehung.

des Regenten ihn anhört[1]); ferner wenn das Urtheil verkündet wird, weil dieses im Namen des Regenten erlassen ist; er kann von dem Vorsitzenden zur Ordnung ermahnt werden, wenn er gegen das Gericht, gegen Parteien oder Angeklagte oder deren Anwälte oder Vertheidiger, oder gegen Zeugen in beleidigender Weise sich äußert oder sonst gegen die Würde gerichtlicher Verhandlung sich benimmt. Denn wenn gleich die Staatsanwälte nicht unter einer Disziplinargewalt der Gerichte stehen und auch ihre Stellung nicht gestattet, sie darunter zu stellen, so steht doch dem Vorsitzenden des Gerichtes während der Verhandlung das Recht zu, die Ordnung zu handhaben und Störung zu verhindern und zu beseitigen; der Staatsanwalt hat kein Privilegium, die Würde einer gerichtlichen Verhandlung zu verletzen und es läßt sich sehr leicht denken, welche unangenehme Auftritte entstehen könnten, wenn der Vorsitzende in Aufrechthaltung der Ordnung nicht berechtigt wäre, gegen Jeden einzuschreiten, der sich dagegen verfehlt[2]).

Alles was bisher über das Verhältniß des Staatsanwaltes zum Gerichte gesagt wurde, ist auch dann anwendbar, wenn nach dem Gesetze dem Staatsanwalte gestattet ist, eine Rechtsansicht zu äußern, z. B. nach französischem Rechte, wenn Minderjährige betheiligt sind. Denn auch dann spricht der Staatsanwalt zu Gunsten einer Partei und das Gericht ist nicht an seine Ansicht gebunden. Ja wenn der Staatsanwalt sogar berechtigt wäre, zur Wahrung des Gesetzes zu sprechen, würde er doch das Gericht als vorgesetztes Ge-

---

[1]) Nicht überall wird dieses beobachtet. Bopp, im Gerichtssaale, 1855, Bd. II S. 217 ff.

[2]) Würde durch den Vorgang die Verhandlung bedeutend gestört, so dürfte das Gericht sich nicht entfernen, sondern der Vorsitzende hätte eine Pause anzuordnen, in welcher Beruhigung der Gemüther eintreten könnte.

richt anerkennen und dem sich fügen müssen, was der Vorsitzende zur Aufrechthaltung der Ordnung nothwendig findet. — Der Berathung und Beschlußfassung der Richter darf der Staatsanwalt nicht beiwohnen: hat er in geheimer Sitzung vorgetragen, so muß er vor der Berathung sich entfernen.

In Frankreich und auch in deutschen Staaten[1]) ist den Staatsanwälten zu den Geschäften des Staatsanwaltes, des Vertreters des Staates bei den Gerichten, noch ein Amt übertragen, welches unvereinbar mit jenen Geschäften ist und nicht nur zu Mißhelligkeiten zwischen Richtern und Staatsanwälten führt[2]), sondern auch die Unabhängigkeit der Gerichte in hohem Grade gefährdet. Die Staatsanwälte sollen nämlich die Gerichte beaufsichtigen, die Aufrechthaltung der Disziplin und der Dienstesordnung überwachen, die Rechtspflege und die Befolgung der Gesetze kontroliren und die Beweismittel über die zu ihrer Kenntniß kommenden Unregelmäßigkeiten sammeln und dem Justizministerium vorlegen; man benützt auch die Staatsanwälte zur Mittheilung der Justizministerialverfügungen an die Gerichte[3]): den

---

[1]) Die Preuß. Ger.-Ordn. Thl. III Tit. 6 und Thl. I Tit. 35 überträgt den fiskalischen Beamten nicht nur Aufsicht auf die Beamten und Denunzianten, sondern sogar auch die Untersuchung!

[2]) Schlink, a. a. O. S. 83.

[3]) In der stürmischen Periode des Jahres 1848 wurde in Bayern durch das Gesetz v. 4. Juni 1848 über die Grundlagen der Gesetzgebung Art. 13 diese Aufsicht der Staatsanwälte über die Gerichte im Prinzipe ausgesprochen, jedoch ausdrücklich angeordnet, daß dadurch die Unabhängigkeit der Gerichte auf keine Weise gefährdet werden darf. Das Gerichtsorganisationsgesetz v. J. 1850 Art. 56 bezog sich auf die frühere Bestimmung. — Das Gesetz über die Gerichtsverfassung vom 10. Novbr. 1861 Art. 63 beschränkt jedoch die staatsanwaltliche

Kulminationspunkt erreicht dieser Mißstand, wenn die Staatsanwälte mit der Censur der Entscheidungsgründe der richterlichen Urtheilssprüche beauftragt werden.

Daran kann kein Zweifel sein, daß die aufsehende Gewalt des Staates berechtigt und verpflichtet ist, die Rechtspflege, den Geschäftsgang bei den Gerichten und die Beobachtung der Gesetze in diesen zu überwachen und auch das Benehmen der gerichtlichen Beamten in und außer deren Amtsführung zu beobachten. Nur darüber ist die Frage, durch wen die Staatsregierung sich die Kenntniß hierüber verschaffe, und ob die Staatsanwaltschaft das geeignete Organ hiezu sei. Daß die Staatsanwaltschaft sich hiezu ganz und gar nicht eigne, ergibt sich aus deren eigentlichem Berufe und aus deren Verhältniß zu den Gerichten. Sie soll nicht nur die Rechte des Staates vor den Gerichten vertreten, sondern auch von den Gerichten Recht nehmen [1]), also das, was sie vor Gericht zur Begründung der Ansprüche oder der Vertheidigung des Staates vorbringt, der richterlichen Prüfung und Beurtheilung und dem richterlichen Ausspruche unterwerfen: wie läßt es sich denken, daß die Staatsanwaltschaft diese richterliche Prüfung und Beurtheilung ihres Vorbringens nun wieder ihrer Prüfung und Beurtheilung mit dem Erfolge unterwerfe, daß die Staatsregierung daraus erkenne, ob die Richter befähigt sind und ihre Pflicht erfüllen? Liegt denn nicht der Gedanke sehr nahe, daß der Staatsanwalt — wie ja beinahe jeder Mensch — seine Ansicht für die rich-

---

Ueberwachung der Gerichte auf die Gegenstände der nicht streitigen Rechtspflege. Aber auch hier kann der Staatsanwalt nur als Antragsteller, nicht zugleich als Aufseher handeln.

[1]) Bei den Verlassenschaftsbehörden kann sie herrenloses Gut in Anspruch nehmen, bei der Vormundschaftsbehörde Kuratelbestellung antragen; beim Hypothekenamte Einträge verlangen. Sie muß aber erwarten, was auf ihre Anträge verfügt wird.

tigere hält und die Ansicht der Richter tadelnswerth findet, ja diese Ansicht in der Weise darstellt, wie sein Tadel sie aufgefaßt hat. Wird nicht ein Staatsanwalt, dessen Ansichten öfters vom Gerichte nicht getheilt werden, die Schuld gerne auf die Richter werfen und besonders wenn er nicht vorzüglich befähigt ist, die Richter schwach finden und als schwach darstellen? Der Staatsanwalt ist bei solcher Beurtheilung betheiligt und gleich einem exzeptionsmäßigen Zeugen nicht vollgültig. Hat ein Vorsitzender in öffentlicher Sitzung einen Antrag des Staatsanwaltes zurückgewiesen oder hat einer der Richter im Privatleben eine Rechtsansicht ausgesprochen, welche den Ansichten des Staatsanwaltes entgegen ist, so kann dieser leicht die Meinung bekommen und höheren Ortes anzeigen, daß dieser Richter kein gründlicher Jurist oder in seiner Amtsübung oberflächlich sei. Es ist ganz in der Natur des Menschen gegründet, daß der Staatsanwalt, wenn ihm ein seiner Stellung so sehr widersprechendes Amt übertragen ist, von Eitelkeit und Uebermuth befallen wird und ebenso die Richter, wenn sie der Kontrole, und ihre Entscheidungsgründe der Zensur Derjenigen unterworfen werden, welche vor ihnen als Anwälte — sei es auch als Anwälte des Staates — auftreten, ihre Stellung angegriffen, ihre Amtswürde und ihre richterliche Unabhängigkeit beeinträchtigt fühlen. Uebrigens darf man nicht vergessen, daß ein Denunziant aus Auftrag (besonders wenn der Auftrag nicht so offen darliegt) bald aus übertriebenem Amtseifer, bald aus Aengstlichkeit, etwas zu übersehen, bald um sich zu empfehlen, bald aus Leidenschaft zu weit gehen wird, und wenn seine Denunziation ungegründet oder übertrieben gefunden ist, sich mit Amtseifer zu entschuldigen sucht.

Es bedarf, wie jene deutsche Staaten, wo Ueberwachung solcher Art bisher nicht bestand, hinreichend beweisen, keiner Aufsicht der Gerichte, auch nicht der Beamten der freiwilli-

gen Gerichtsbarkeit, durch die Staatsanwälte; nur muß die aufsehende Gewalt des Staates in anderer Art thätig sein. Die nächste Aufsicht findet statt durch die Gerichtsvorstände, dann durch die Obergerichte: schon hierdurch erhält das Justizministerium die wesentlichste Kenntniß. Ein Kontrole bilden die Beschwerden [1]) der Betheiligten in Civil- wie in Strafsachen; die zuverlässigste Kontrole aber gewähren gründliche Amtsvisitationen, deren Kosten man nicht scheuen darf, weil ihr Nutzen überwiegend ist.

Die Staatsanwaltschaft zur Vermittelung der Verfügungen und Berichte zwischen Justizministerium und Gerichtshöfen und Gerichten oder zur Besorgung von Nebengeschäften des Gerichtes zu gebrauchen, rechtfertigt sich nicht damit, daß dadurch die Gerichte unabhängiger und in ihrem Berufe des Rechtsprechens ungestörter würden: im Gegentheile, es verstößt gegen die Stellung und das Ansehen der Gerichte und eben so gegen die Würde der Staatsanwaltschaft, wenn dieser damit Geschäfte aufgebürdet werden, ähnlich den Geschäften der Gerichtssubalternen und der Gerichtsvollzieher.

Frankreichs Beispiel dürfen wir nicht nachahmen [2]). Wo Revolution und dann Diktatur die Gewalt an die Stelle des Rechtes setzen, da wird gewöhnlich der Schein des Rechtes zu erhalten gesucht und die Unabhängigkeit der Gerichte als Aushängschild gebraucht, zugleich aber wird gerade durch die Gerichte der Terrorismus geübt, und um dieses zu bewirken, werden die Richter theilweise prekär gestellt, einer Spionerie ausgesetzt, Kontrolen der Staatsanwälte unter-

---

[1]) Zu Beschwerden ist auch der Staatsanwalt berechtigt. Hier aber gebieten ihm weit mehr wie bei Denunziationen aus Auftrag, sowohl Pflicht wie Ehre, nur wohlbegründete Beschwerden zu stellen.

[2]) Gute Bemerkungen über die Staatsanwaltschaft in Frankreich s. Allgem. Oesterr. Gerichtszeitung Jahrgg. 1862 Nr. 12.

worfen, der Disziplinargewalt des Ministeriums untergeben und durch Gefährdung ihres Fortkommens zu willfährigen Werkzeugen gemacht. Eine legitime Regierung bedarf so unwürdiger Mittel nicht: wie sie selbst auf die Basis des Rechtes gegründet ist, so verschmäht sie das Unrecht, hält Korruption der Gerichte, Abhängigkeit der Richter und Terrorismus durch ungerechte Strafjustiz ihrer unwürdig und handelt in dem schönen Bewußtsein, durch Gerechtigkeit und Wohlwollen sich in der Achtung des Volkes festgesetzt und dem Throne die sicherste Stütze, Liebe und Vertrauen, geschaffen zu haben. Kommt es ausnahmsweise vor, daß ein Ministerium in Mißgriffe sich verliert und zur Erhaltung seiner Stellung zu Terrorismus, Spionerie und Einschüchterung der Gerichte seine Zuflucht nimmt, so darf man gewiß sein, die Mißstimmung des Landes dringt zum Staatsoberhaupte und dieses schafft auf der Stelle Hülfe, schafft Friede zwischen Thron und Volk. Wie sehr legitime Regenten die Unabhängigkeit der Richter achten und den Grundsatz anerkennen: justitia fundamentum regnorum, das haben in Deutschland mehrere Regenten eben so wie die Reichsgesetze ausgesprochen; es war in Frankreich auch von den Königen anerkannt und es ist hervorzuheben, daß, als dort später die Unabhängigkeit der Richter durch Regierungsmaßregeln, namentlich auch durch den Mißbrauch der Staatsanwälte, untergraben war, das unter dem Einflusse der alliirten Monarchen (also legitimer Regenten) am 3. April 1814 vom Senat zu Paris über Napoleons Entthronung erlassene Dekret als Grund dieses Aktes auch die Beschuldigung aufführte: „d'avoir détruit l'indépendence du corps judiciaire."

Was endlich das Verhältniß des Staatsanwaltes zu den Parteien und Angeschuldeten, zu den Anwälten und Vertheidigern betrifft, so ist vor Al-

lem zu erwägen, daß der Staatsanwalt auf einem höheren als auf einem gewöhnlichen Parteistandpunkte steht. So wie der Staat, dessen erste Aufgabe Realisirung des Rechtes ist, kein Unrecht verlangt und verlangen kann, so vertritt auch der Staatsanwalt, selbst wenn der Staat Partei ist, nur das Recht und das Gesetz. Eben deshalb hat er in der Gerichtssitzung einen bevorzugten Platz und seine höhere vom Parteigeiste freie Stellung muß von Parteien und Angeschuldeten, von Anwälten und Vertheidigern anerkannt und bei den Verhandlungen, wo ohnedies der Ton des Anstandes und der Bildung nicht verletzt werden soll, berücksichtigt werden. Eben deshalb muß der Staatsanwalt sich auf eine Weise benehmen, welche das Bewußtsein seiner Stellung ausdrückt: ihm, der immer nur ein gebildeter Mann sein kann, liegt es ob, mit dem Beispiele des gebildeten Tones voranzugehen, seine Stellung nicht zur Anmaßung, zur Nichtachtung oder Geringschätzung der Parteien und ihrer Vertreter zu mißbrauchen; sich gegen letztere, weil sie vielleicht in der Vorbereitung zum Staatsdienste sich befinden, nicht zu überheben; sie nicht belehren oder gar einschüchtern oder gar ihm untergeordnet betrachten zu wollen; Angeschuldete und Zeugen nicht mit Scheltworten zu belegen und insbesondere nicht ohne hinreichenden Grund die Entschuldigungszeugen als meineidig anzufechten, was öfters Einschüchterung der Zeugen bewirkt; ebenso aber auch verdächtige Anschuldigungszeugen nicht in Schutz zu nehmen. Nie darf er vergessen, daß in der Vertheidigung des Rechtes beide Theile gleiche Berechtigung haben.

Die Erfahrung zeigt, daß jene Staatsanwälte, welche ihres hohen Berufes eingedenk sind, es ihrer und des Staates Ehre widersprechend erachten, vom Rechte abzuweichen, unbegründete oder übertriebene Anträge zu stellen oder in Anmaßung auszuarten, in der Achtung und dem Vertrauen der Richter und der Parteien, ja selbst der Angeschuldeten,

stehen, während diejenigen, welche ungerechte oder übertriebene Anträge stellen oder den Takt verletzen, welcher dem gebildeten Manne geziemt, Mißtrauen ernten, von Parteien und Angeschuldeten als Feinde betrachtet werden und ihrer Achtung eben so wie dem Ansehen der Staatsregierung, welche sie aufgestellt hat, Eintrag thun.

VI.

Gerichtsvollzieher.

Das Institut der Gerichtsvollzieher[1]) wird in Deutschland sehr oft verkannt, weil man dabei gewöhnlich an die Gerichtsdiener nach bisherigen Einrichtungen denkt und sich die Erfordernisse und die amtliche Stellung der französischen Huissiers nicht klar macht, überdies auch zu sehr gewohnt ist, die Richter mit Beschäftigungen belastet zu sehen, welche weder Rechtswissenschaft noch Eindringen in den Geist der Gesetzgebung erfordern.

Die zwei vorzüglichsten Geschäfte der Gerichtsvollzieher sind: Zustellung der Parteischriften, welche das Verfahren vor Gericht vorbereiten, an den Gegner und Vollziehung der Richtersprüche (Exekution); diese beiden Geschäfte verrichteten nach deutschem Civilprozesse größtentheils die Gerichtsdiener unter spezieller Direktion des Gerichtes für jeden einzelnen Akt; nach dem neuen Verfahren sind die Gerichts-

---

[1]) Der Name „Gerichtsvollzieher" ist nicht entsprechend, denn er bezeichnet nur einen Theil des Amtes und deutet selbst in dieser Beziehung zu sehr auf blos mechanische Dienstleistung Zur Zeit ist eine bessere deutsche Benennung nicht bekannt und diese doch dem französischen Ausdrucke „Huissier" vorzuziehen, welcher ebenfalls dem Begriffe nicht entspricht. Die Benennung „Gerichtsvoigt" im hannöv. PG. entspricht dem Begriffe nicht, weil sie mehr auf einen Vorgesetzten als auf einen Vollzieher deutet.

vollzieher von dieser speziellen Direktion entbunden, verrichten ihre Geschäfte nach Instruktionen, welche das Gesetz vorschreibt, bedürfen zur Auffassung dieser Instruktionen keiner Kenntniß der Rechtswissenschaft, stehen unter strenger Disziplin und so oft eine Partei glaubt, daß eine Handlung des Gerichtsvollziehers gegen sie die Gesetze oder den Richterspruch verletze oder überschreite, steht ihr das Recht zu, daß sie vom Gerichte gehört und zwischen ihr und ihrem Gegner darüber rechtlich entschieden werde.

Die gegenseitige Zustellung der Parteischriften wurde bisher von den Gerichten dirigirt, besonders weil Zwischenanträge, die dabei vorkamen, zu berücksichtigen waren: dergleichen Zwischenanträge können in jenen Parteischriften nicht mehr vorkommen; es handelt sich nur um Zustellung und diese kann dem Gerichtsvollzieher um so mehr anvertraut werden, als sie bisher schon von den Gerichtsdienern besorgt wurde.

Wichtiger ist allerdings die Vollziehung der Richtersprüche, z. B. Wegnahme von Gegenständen, Auspfändungen; allein der Gerichtsvollzieher ist durch das richterliche Erkenntniß und durch seine (zum Theil schon im Gesetze enthaltene) Amtsinstruktion genau angewiesen, wie er sein Amt zu vollziehen hat und es ist ja auch vorauszusetzen, daß die Staatsregierungen bei Anstellung der Gerichtsvollzieher nur hiezu vollkommen tüchtige, mit den erforderlichen Kenntnissen versehene Männer wählen und diesen eine dem Amte entsprechende Stellung geben werden, welche sie von den bisherigen Gerichtsdienern genau unterscheiden läßt. Auf dem linken Rheinufer findet man die Huissiers gebildet, zum Theil mit rechtswissenschaftlicher Bildung und von vorzüglichem Amtsansehen.

Wenn die Richteramtspersonen durch das neue Verfahren von Geschäften befreit werden, welche nicht eigentliche Richteramtsgeschäfte sind, nicht Rechtswissenschaft und gründ-

liches Studium der Gesetze erfordern, so bleibt ihnen mehr Zeit zur Fortschreitung in ihrer Wissenschaft und zu immer tieferem Eindringen in den Geist der Gesetze: immer wissenschaftlicher, immer gründlicher, immer zuverlässiger werden die Richtersprüche werden. Freilich ist dabei vorauszusetzen und zu wünschen, daß die Staatsregierungen nicht auf den Abweg gerathen, die Verbesserung dadurch zu neutralisiren, daß man um der Gelderspaarung willen die Zahl der Richter vermindert, weil die Geschäfte derselben vermindert wurden, und daß man nicht den Richtern auf diese Weise an die Stelle halb mechanischer Arbeit so viel geistige Arbeit aufbürdet.

VII.

Schiedsrichter.

Nicht häufig übertragen die Parteien die Entscheidung ihrer Streitigkeiten an Schiedsrichter: nur unter Kaufleuten kommt diese Ueberlassung noch eher vor als unter anderen Personen. Der Gesetzgeber hat aber — auch da, wo den Gerichten des Staates die Mündlichkeit und die Oeffentlichkeit des Verfahrens vorgeschrieben ist — keinen Grund, die Schiedsgerichte nicht gestatten und ihre Aussprüche nicht unterstützen zu wollen: im Gegentheile, es muß in der Regel Jedem, der über das Seinige zu verfügen berechtigt ist, auch freistehen, die Geltendmachung seiner Ansprüche von der Entscheidung eines Dritten abhängig zu machen und der Staat ist nicht benachtheiligt, wenn seinen Gerichten hie und da die Mühe einer Prozeßentscheidung erspart wird.

Aber nur solche Privatrechtsstreitigkeiten können im Wege des Kompromisses zur schiedsrichterlichen Entscheidung gebracht werden, deren Gegenstand dem Verfügungsrechte der Parteien unbedingt unterworfen ist und auch nicht indirekt den Staat, die öffentliche Ordnung, oder die Rechte

Dritter berührt[1]). Namentlich können die Rechte des Personenstandes nicht schiedsrichterlicher Entscheidung überlassen werden, weil die Rechte der Familie dabei betheiligt sind; nicht Ehetrennungsfragen, weil die Ehen für den Staat besondere Wichtigkeit haben; nicht Streitigkeiten, wobei unter Kuratel stehende Personen oder Körperschaften betheiligt sind, weil die Pfleger und Verwalter hierüber nicht unbedingt verfügen können.

Zum Schiedsrichter kann Jeder gewählt werden, welcher hiezu fähig ist und der Staat kann nur um deswillen eine Beschränkung der Wahl der Parteien anordnen, weil er den Vollzug des schiedsrichterlichen Ausspruches seinen Behörden vorbehält. Frauenspersonen, welche nicht verheirathet sind, sollte man nicht ausschließen: sind sie verheirathet, so sollten sie das schiedsrichterliche Amt vornehmen dürfen, soferne ihr Ehemann einwilligt[2]). Minderjährige können das Schiedsrichteramt übernehmen, weil den Parteien es überlassen ist, ob sie ihnen vertrauen wollen. Richter und andere Staatsbeamte können gewählt werden, müssen aber die Wahl ausschlagen, wenn sie dadurch ihrem Berufe entzogen werden.

Die Aufstellung von Schiedsrichtern geschieht durch doppelten Vertrag, nämlich durch einen Vertrag, mittelst welchen die Parteien übereinkommen, die Entscheidung ihres Streites einem Dritten zu übertragen, dann ferner durch einen Vertrag der Parteien mit dem Dritten, wodurch dieser die Entscheidung jenes Streites übernimmt. So lange beide Verträge nicht geschlossen sind, kann von der Ablehnung des Schiedsrichters oder eines derselben die Rede nicht sein, denn

[1]) Der bayerische Entw. Art. 36 in Verbindung mit Art. 134 enthält eine Aufzählung derjenigen Streitigkeiten, welche nicht vor die Schiedsgerichte gebracht werden können.

[2]) Der bayer. Entw. Art. 37 schließt Frauen (Ehefrauen?) und Minderjährige gänzlich aus.

einen mißliebigen Schiedsrichter wählt man gar nicht: sind beide Verträge geschlossen, so kann nicht wohl von Ablehnung eines Schiedsrichters [1]), sondern von Zurücktreten vom Vertrage die Rede sein, wenn Gründe vorhanden sind, aus welchen ein Richter abgelehnt werden kann und nicht blos, wenn diese Gründe erst nach der Wahl entstanden [2]), sondern auch, wenn der Partei früher schon vorhandene Gründe erst nach der Wahl bekannt geworden sind. Nur wenn mehrere Schiedsrichter in der Art gewählt sind, daß, wenn der eine oder andere derselben ausfällt, doch die übrigen entscheiden können, kann von Ablehnung die Rede sein. Daß der Schiedsrichter von dem Vertrage ohne Bewilligung sämmtlicher Parteien nicht zurücktreten kann [3]), ist formell rechtlich nicht zu beanstanden: allein wenn nur die eine Partei den Rücktritt bewilligt, so ist diese bei der Entscheidung einem Schiedsrichter unterworfen, dem sie nun selbst nicht mehr unterworfen sein will, und die andere Partei wäre eben deshalb, weil sie durch Nichtbewilligung des Rücktrittes die Schuld trägt, daß der Schiedsrichter entscheiden muß, der Gefahr ausgesetzt, daß der Schiedsrichter ihm gehässig ist. Das innere Wesen der Schiedsgerichte ist Vertrauen auf Seite der Parteien, Gefälligkeit auf Seite des Schiedsrichters: sobald diese Faktoren getrennt sind, fehlt dem Schiedsgerichte dasjenige, was ihm zu Grunde liegt; es sollte also der einseitige Rücktritt des Schiedsrichters erlaubt sein.

Hinsichtlich des Verfahrens ist zwar den Schiedsrichtern das gesetzliche Verfahren als Regel vorzuschreiben, von welcher jedoch sie mit Einwilligung der Parteien abgehen können;

---

[1]) Vergl. bayer. Entw. Art. 37, wo indessen der Ausdruck „Ablehnung" deshalb unschädlich ist, weil dann, wenn der einzige Schiedsrichter abgelehnt wird, der ganze Vertrag zerfällt.

[2]) Wie der bayer. Entw. Art. 37 will.

[3]) Bayer. Entw. 37.

aber daß diese Einwilligung gerade schon im Schiedsvertrage gegeben sein müsse[1]), dürfte nicht erforderlich sein.

Die Entscheidung muß zwar, wenn im Schiedsvertrage nicht anders bestimmt wurde, nach den Gesetzen geschehen, doch dürften namentlich Handelsusançen nicht auszuschließen sein. Kontumazialerkenntnisse kann der Schiedsrichter nicht erlassen, weil er keinen Gerichtszwang hat und nur für materielle Entscheidung aufgestellt ist.

Berufung gegen den schiedsrichterlichen Ausspruch, welche nicht schon im Schiedsvertrage vorbehalten wurde, wäre gegen das durch die Bestellung des Schiedsgerichtes erklärte Vertrauen.

Nichtigkeit eines schiedsrichterlichen Ausspruches läßt sich sehr wohl denken, namentlich wenn die Sache gar nicht vor Schiedsrichter gebracht werden durfte, wenn die Schiedsrichter nicht gehörig ernannt waren oder ihre Befugniß überschritten haben: es ist aber viel einfacher, einem nichtigen Ausspruche den Vollzug durch die Staatsorgane zu versagen[2]).

Es kann nämlich das Gesetz nicht gestatten, den Schiedsrichtern ein Strafrecht oder einen Vollzugszwang zu übertragen; der Vollzug des schiedsrichterlichen Ausspruches durch Zwang kann nur ein Akt der Staatsgewalt sein. Der Sieger muß demnach bei der vom Staate aufgestellten — ohne den Schiedsvertrag gegen den Unterliegenden zuständigen Behörde den Vollzug des von den Schiedsrichtern schriftlich auszufertigenden Ausspruches erwirken, und diese Behörde hat ihm nur zu entsprechen, wenn der Schiedsausspruch nicht ungültig ist[3]).

---

[1]) Bayer. Entw. Art. 38.

[2]) Bayer. Entw. Art. 42.

[3]) Bayer. Entw. Art. 41.

VIII.

Selbstvertretung. Anwälte. Armenrecht.

Das neue Verfahren wird in mehreren deutschen Staaten eine bedeutende Verbesserung der Stellung und der Wirksamkeit der Anwälte herbeiführen. Es ist ein erhabener Beruf, Vertheidiger des Rechtes vor den Gerichten zu sein, und dieser Aufgabe widerspricht es, wenn die Gesetzgebung die Anwälte, Männer von wissenschaftlicher Bildung und wissenschaftlichem Berufe, in die Reihe konzessionirter Gewerbe herabdrückt, einer Disziplin unterwirft, welche, von Einzelnen geübt, zuweilen oberflächlich, zuweilen leidenschaftlich gehandhabt wird, und selbst in der Hand von Kollegien hie und da mehr ein Ausfluß des Geschäftsmechanismus als der Aufgabe zu sein scheint, den Advokatenstand durch Gegenwirkung wider die Mißbräuche Einzelner zu heben und in eine Achtung verdienende Stellung zu bringen. Es liegt jedoch die Schuld von solchem Mißstande nur ganz selten in den Richtern, sondern beinahe durchgängig in den Gesetzen, welche mehr auf eine formelle Disziplin als darauf gerichtet sind, Berufstreue und Ehrgefühl der Advokaten immer herrschender zu machen. Die natürliche Folge ist, daß ein Theil der Advokaten der Stellung entspricht, in welche dieser Stand herabgedrückt ist, das Gewerbe vorherrschend als Mittel des Erwerbes betrachtet, Vertretung der Parteien in den geringfügigsten Sachen übernimmt, Unwahrheiten, muthwilliges Abläugnen, Rechtsverdrehungen, geflissentliche Verzögerungen weder für unerlaubt, noch für unehrenhaft hält und dadurch einen Schatten auf den ganzen Stand wirft, der bei der Neigung vieler Menschen, die Fehler Einzelner auf den ganzen Stand zu beziehen, für die große Zahl der redlichen Advokaten niederdrückend ist. Die beste Disziplin für die Advokaten ist die, welche von

dem Stande derselben ausgeht. Advokatenkammern, aus den würdigsten Gliedern des Standes gewählt, wirken am zweckmäßigsten und am zuverlässigsten. Diese Kammern, deren Glieder man durch Titel oder sonstige Auszeichnung ermuntern kann, sollen über das Betragen der Mitglieder des Standes wachen, Beschwerden annehmen, gelinde Disziplinarstrafen — Ermahnung, Verweis — verhängen, eigennützige Anforderungen einschränken und bei schwereren Uebertretungen unter dem Vorsitze einer Gerichtsperson auch schwerere Disziplinarstrafen verhängen dürfen. —

Die Regel muß jede Gesetzgebung anerkennen, daß, wer vor Gericht sich selbst vertreten kann, nicht gezwungen werden darf, durch einen Anderen sich vertreten zu lassen. So wie aber zu jedem besonderen Fache besondere Kenntnisse erfordert werden, so wird auch jeder kluge Mensch, wenn er etwas vornehmen will, wozu er die erforderlichen besonderen Fachkenntnisse nicht besitzt, das Geschäft durch einen Sachverständigen besorgen lassen oder doch einen solchen dazu beiziehen. Dieses allein verbindet indessen die Parteien nicht, sich durch Anwälte vor Gericht vertreten zu lassen, denn man kann Niemand zwingen, klug zu handeln. So wie aber schon jeder Privatmann berechtigt ist, den Verkehr mit Denen zu verweigern, welche hiezu nicht fähig sind, so ist auch der Staat berechtigt, von Denen, welche als Parteien vor Gericht auftreten wollen, aber die zur Verhandlung erforderliche Kenntniß nicht haben, zu verlangen, daß sie durch hiezu fähige Personen sich vertreten lassen, und wo zu dieser Vertretung Kenntniß der Rechtswissenschaft erforderlich ist, kann er Vertretung durch Rechtsverständige um so mehr verlangen, als es ja nicht blos darauf ankommt, daß die Streitsache dem Gerichte vorgetragen wird, sondern auf die Vorträge der Parteien ein Richterspruch gegründet werden soll, welcher doch nur richtig ausfallen kann, wenn die Parteivorträge deutlich und sachgemäß sind.

In der Regel wird der Staat die Rechtsvertheidigung in gerichtlich zu behandelnden Streitsachen nur durch Advokaten gestatten können, welche er hiezu aufgestellt hat, und selbst die Schriften in dem der mündlichen Verhandlung vorausgehenden Verfahren müssen in der Regel von Advokaten gefertigt werden, weil sie nicht blos eine einfache Erzählung von Thatsachen enthalten, sondern auch die rechtliche Grundlage der Ansprüche und Einreden angeben, mithin die Grundlage des mündlichen Verfahrens vor Gericht bilden müssen. Wenn aber der Staat außer den Advokaten auch noch andere Personen als Rechtsverständige anerkennt — Richteramtspersonen, Professoren und Doktoren der Rechtswissenschaft, geprüfte und fähig befundene Rechtskandidaten — so kann er diesen Rechtsverständigen nicht zumuthen, sich durch Anwälte vertreten oder doch Beistand leisten zu lassen[1]), namentlich nicht um deswillen, weil sie vielleicht in dem Auftreten vor Gericht und insbesondere in der mündlichen Rechtsvertheidigung die erforderliche Gewandtheit nicht haben, denn dieses zu beurtheilen ist ihre Sache, und nur wenn das Gericht findet, daß Jemand unfähig ist, die Sache gehörig vorzutragen, kann ihm das Wort entzogen und ihm aufgegeben werden, sich durch einen Anwalt vertreten zu lassen[2]).

In Sachen, welche wegen Geringfügigkeit oder um der Beschleunigung willen an Einzelnrichter verwiesen werden, muß die Gesetzgebung von dem Verlangen rechtsverständiger Vertretung abgehen[3]), theils weil die Sache selbst in der Regel von so geringer Bedeutung ist, daß die Kosten rechts-

---

[1]) wie der bayer. Entw. Art. 63, 65, vergl. mit 130, will. Die hannöv. PO. §. 67 läßt die Rechtsverständigen zu, wenn sie am Orte des Gerichtes wohnen.

[2]) Ganz richtig im bayer. Entw. Art. 65 a. E.

[3]) So auch der bayer. Entw. Art. 62 und die hannöv. PO. §. 68.

verständiger Vertretung unverhältnißmäßig wären; theils weil die meisten Einzelnrichter an Orten sich befinden, wo keine Anwälte sind: dagegen muß aber auch die Gesetzgebung die Einzelnrichter anweisen, von Amtswegen die thatsächlichen Verhältnisse von den Parteien genau auszumitteln, so daß der Richterspruch eine vollständige faktische Grundlage hat[1]). Verwehrt kann es auch in den vor die Einzelnrichter gehörenden Sachen, selbst in den geringfügigsten, den Parteien nicht werden, sich vor Gericht durch einen Rechtsverständigen vertreten zu lassen, namentlich kann es keinen Grund der Zurückweisung eines solchen abgeben, daß die andere Partei, welche nicht rechtsverständig, dadurch verkürzt oder doch vermüßigt wäre, ebenfalls die Kosten der Beiziehung eines Rechtsverständigen aufzuwenden, denn einestheils schützt diese Partei die Pflicht des Einzelnrichters, das Sachverhältniß gründlich zu erforschen und sich nicht durch den Rechtsverständigen der anderen Partei irre machen zu lassen, anderntheils kommt es ja öfters vor, daß die eine Partei selbst rechtsverständig ist und ihr nicht verwehrt werden kann, sich selbst zu vertreten, weil ihr Gegner nicht rechtsverständig ist. Die Gesetzgebung kann indessen das muthwillige Beiziehen von Rechtsverständigen in Sachen von geringerem Belange dadurch vermindern, daß sie neben Festsetzung geringer Taxen in solchen Fällen verordnet, der Sieger in dergleichen Sachen dürfe von dem Gegner die Kosten der Beiziehung eines Rechtsverständigen nur dann ersetzt verlangen, wenn die Umstände (z. B. Entfernung der Partei vom Gerichte) die Vertretung durch einen Anderen nothwendig machen. Auch darf man erwarten, daß — besonders wenn für Hebung des Advokatenstandes besser gesorgt wird — ehrliebende Advokaten es verschmähen werden, in geringfügigen Sachen einen Verdienst zu suchen, welcher zu dem Gegenstande des Streites in einem Mißverhältnisse steht.

---

[1]) Ebenso bayer. Entw. Art. 470.

Wenn in Sachen von einiger Bedeutung Kollegialgerichte die erste Instanz bilden, so ist es natürliche Folge, daß die Advokaten nicht an den Sitzen der Einzelnrichter, sondern an den Sitzen der Kollegialgerichte wohnen und ebenso müssen an den Sitzen der Obergerichte Anwälte sich befinden. Das mündliche Verfahren erfordert Gegenwart der Anwälte im Gerichte und es würde unnöthiger Zeitverlust und Kostenaufwand sein, wenn die Anwälte des einen Gerichtes an den Sitz des anderen reisen und dort verhandeln wollten. Die Gesetzgebung muß daher dafür sorgen, daß an dem Sitze eines jeden Kollegialgerichtes die erforderliche Zahl von Anwälten sich befindet und daß in der Regel kein Anwalt befugt ist, bei einem anderen Gerichte Verhandlungen vorzunehmen. Von dieser Regel müssen jedoch Ausnahmen stattfinden können, damit sie nicht drückend und auch nicht die Rechtsvertheidigung gefährdend werde. Drückend würde sie, wenn den Advokaten unbedingt verboten würde, in eigenen Sachen ihre Rechte bei anderen Gerichten als bei dem zu vertreten, an welchem sie ihren Dienst ausüben[1]). Es würde daraus folgen, daß sie nicht einmal zur Verhandlung ihrer eigenen Sache an das andere Gericht reisen dürfen, denn sobald man dieses, nämlich die Entfernung von ihrem Anstellungsorte, gestattet, ist es ja dem Staate gleichgültig, ob sie dort allein oder mit einem Anwalte verhandeln. Es ist auch nicht gleichgültig, ob man seine eigene Sache, die man zuweilen genauer kennt, als sie durch Information dargestellt werden kann, selbst vertheidigt und bei der mündlichen Verhandlung unvorhergesehenen Wendungen des Gegners, welche aber eine Vertagung nicht rechtfertigen, zu entgegnen im Stande ist, oder ob ein Vertreter damit überrascht wird, welcher nicht genügend aufklären kann. Es darf indessen auch nicht übersehen werden, daß, wenn den

[1]) Dies will aber Art. 63 des bayer. Entw.

Advokaten unbeschränkt gestattet würde, ihre eigenen Sachen auch an anderen Gerichten selbst zu vertreten, als an welchem sie angestellt sind, es öfters geschehen könnte, daß ein Advokat durch Cessionen oder sonst so viele eigene Rechtssachen erlangen könnte, daß er durch Vertretung derselben vor anderen Gerichten an der Vertretung der Parteien an dem Gerichte, für welches er angestellt ist, so oft gehindert würde, daß dadurch diesen Parteien ein Anwalt großentheils entzogen wäre. Dieses zu verhindern wird das Gesetz die Gerichte ermächtigen müssen, den bei ihnen angestellten Anwälten zur Vertretung eigener Sachen Urlaub zu geben, jedoch nur dann und nur insoweit, als es nothwendig und dem Dienste des Anwaltes in dem Gerichte, für welches er angestellt ist, nicht hinderlich ist. — Die gänzliche Beschränkung der Anwälte auf die Gerichte, für welche sie angestellt sind, würde aber auch die Rechtsvertheidigung in dem größten Theile der deutschen Länder gefährden. Deutschland war und ist in viele einzelne Länder zersplittert und nicht nur bestehen noch jetzt in mehreren Ländern verschiedene Gesetzgebungen, sondern es sind auch ziemlich oft noch ältere Gesetze und Verordnungen, welche bereits abgeschafft sind, auf Fälle anzuwenden, die frühere Thatsachen zum Grunde haben, und öfters kommt es vor, daß nur auf rechtshistorischem Wege ein provinzialrechtliches Verhältniß erläutert werden kann[1]). Im Königreich Bayern herrschen noch jetzt 65 verschiedene Civilgesetzgebungen, von denen mehrere nur durch umfassendes Studium und längere Erfahrung gründlich aufgefaßt werden können. Wie ist es möglich, am obersten Gerichtshofe so viele Anwälte aufzustellen, daß für jede Gesetzgebung (oder doch für jede der bedeutenderen oder verwickelten) wenigstens drei mit derselben und deren Rechts-

[1]) Dem Verfasser kamen Fälle vor, wo Gesetze und Verordnungen aus dem 14. und 15. Jahrhunderte zur Anwendung kamen.

geschichte vertraute Anwälte — zwei für die Parteien und einer für Intervenienten und zum Ersatze für Kranke — aufgestellt werden können?! In manchem Kreise Bayerns gelten 25 bis 30 verschiedene Civilgesetzgebungen (in Mittelfranken 25 und unter diesen nebst dem umfassenden preußischen noch andere sehr verwickelte und zum Theile dunkle Provinzialrechte, z. B. Ansbacher, Bamberger, Bayreuther, Eichstädtisches, Nürnberger, Oettingisches, Würzburger Recht): wer wird da glauben, daß am Sitze des Appellationsgerichtes von Mittelfranken so viele Anwälte angestellt werden können, damit in jedem Rechtsfalle jede Partei durch einen mit dem anwendbaren Gesetze genau vertrauten Anwalt vertreten werden kann, welcher bei der mündlichen Verhandlung vom Gegner nicht in die Verlegenheit zu bringen ist, eine anwendbare gesetzliche Bestimmung nicht zu kennen? Es muß gestattet sein, auch durch Anwälte sich vertreten zu lassen, welche bei einem anderen Gerichte als dem angestellt sind, wo die Sache verhandelt wird[1]) und höchstens kann einem Mißbrauche dadurch vorgebeugt werden, daß die Gerichte nur dann dem Anwalte Urlaub zur Vertretung an einem anderen Gerichte zu ertheilen haben, wenn das Gericht, wo die Sache verhandelt wird, bezeugt, daß dort ein Mangel an Advokaten ist, welche die anzuwendenden Gesetze kennen. Besser und einfacher ist es, jede Beschränkung zu unterlassen, dagegen aber zu verordnen, daß der Sieger, wenn er sich durch einen anderen als durch einen bei dem entscheidenden Gerichte angestellten Anwalt vertreten ließ, den dadurch veranlaßten Mehrbetrag der Kosten nur dann von dem zum Kostenersatze verurtheilten Gegner ersetzt verlangen kann, wenn klar erhellt, daß die

---

[1]) Art. 63 Abs. 1 des bayer. Entw. wird einer Erweiterung bedürfen. — Schon jetzt plaidiren gar nicht selten Advokaten aus der Rheinpfalz am Kassationshofe zu München

Beiziehung des auswärtigen Anwaltes wirklich nothwendig war[1]).

Wenn arme Parteien der Vertretung durch einen Anwalt bedürfen oder bei Kollegialgerichten durch einen Anwalt vertreten werden müssen, so werden sie überall zum Armenrechte gelassen und es wird ihnen vom Richter ein Anwalt beigegeben, welcher sie unentgeltlich vertreten muß. So wie nun auf der einen Seite manche Parteien sich für arm ausgeben, ohne es zu sein, und gar nicht selten die armen Parteien, eben weil das Prozeßführen ihnen nichts kostet und sie bald ungegründeten Hoffnungen sich hingeben, bald den Gegner zu ermüden glauben, ihre Prozesse am hartnäckigsten führen, so sind auf der anderen Seite auch die Anwälte öfters gar nicht gerne bereit, arme Parteien zu vertreten: es müssen also Gesetzgeber und Richter dafür sorgen, daß das Armenrecht ohne hinreichenden Grund weder abgeschlagen noch bewilligt werde. Das Armenrecht kann nur ertheilt werden a) wirklichen Armen, d. h. solchen Personen, welche ohne Gefährdung des nothdürftigen Unterhaltes für sich und ihre Familien die Kosten des Rechtsstreites nicht bestreiten können, und denen nicht ein Dritter diese Kosten vorschießen muß; b) nur dann, wenn die Sache, welche sie vor Gericht verfechten wollen, nicht offenbar ungegründet ist. Ein Beweis, daß die Streitführung nicht muthwillig begonnen werden wolle[2]), kann nicht verlangt werden, weil man die Sache im Voraus nicht beurtheilen kann und es sich nicht rechtfertigen würde, einem Armen den Rechtsbeistand um deswillen zu verweigern, weil es zweifelhaft ist, ob ihm das Recht zur Seite stehe[3]). Rücksichtlich der Be-

---

[1]) Das Prinzip des bayerischen Entw. Art. 91 Abs. 2, 3 kann hier angewendet werden.

[2]) Vgl. bayer. Entw. Art. 111 Abs. 1.

[3]) Das röm. Recht sagt Const. 14 §. 1. Cod. de jud. (3: 1)

willigung des Armenrechtes muß man die Instruktion des Gesuches von der Entschließung hierauf — Bewilligung oder Abschlagung — unterscheiden. Die Entschließung dürfte immer dem Richter zukommen und es dürfte sich nicht rechtfertigen, dem Staatsanwalte das Recht der Zurückweisung (das Recht der Nichtvorlage an das Gericht) für den Fall zu geben, daß er den Anspruch des Armen für muthwillig hält[1]). Die Instruktion nebst der Entschließung in den Fällen, welche vor Einzelnrichter gehören, kann offenbar nur diesen zukommen, wenn bei denselben keine Staatsanwälte angestellt sind; es ist aber eine Inkonsequenz, wenn bei Kollegialgerichten das Gesuch um Bewilligung des Armenrechtes dem Staatsanwalte und nicht dem Gerichte übergeben, vom Staatsanwalte instruirt und von demselben erst wenn er es nicht für muthwillig erachtet, dem Gerichte mit seinem Gutachten überreicht werden soll[2]). Wahr ist zwar, daß bei dem neuen Verfahren das Kollegialgericht nur dann als Gericht handelt, wenn es in der Sitzung versammelt ist und daß es dort erst die Anträge erwartet, welche Parteien oder der Staatsanwalt machen. Aber eben so wahr ist, daß der Staatsanwalt weder als Instruktionsbeamter des Gerichtes, noch als Prokurator des Armen betrachtet werden darf. Nur im Namen des Staates und im öffentlichen Interesse handelt er, und wenn ihm nebenbei auch aufgetragen wird, Parteigesuche zu instruiren, so kommt er nicht nur aus seiner Stellung, sondern er kann auch in den Fällen in eigenthümliche Lage kommen, wo er nach Verhandlung

---

nur, daß der Advokat keine causa improbata, vel penitus desperata et ex mendacibus allegationibus composita vertheidigen soll.

1) So will der bayer. Entw. Art. 115. S. auch hannöv. PO. §. 62.

2) Doch will dies Art. 115 des bayer. Entw.

der Parteien zu vernehmen ist, z. B. in Ehescheidungssachen[1]). Hat er nämlich das Gesuch der einen Partei um Ertheilung des Armenrechtes instruirt, so hat er sich mit dieser über die Sache und deren Begründung benommen, er kann dadurch leicht eine Ansicht für oder gegen diese Partei gewonnen haben und ist leicht dadurch in der unbefangenen Beurtheilung der Sache gestört, welche er im öffentlichen Interesse abzugeben hat. Das Gesuch um das Armenrecht dürfte dem Gerichtsvorstande zu übergeben und von diesem die Instruktion einem Gerichtskommissär zu übertragen sein, wie ja auch Zeugen in Rechtsstreitigkeiten durch einen Kommissär vernommen werden. Der Vortrag in der (ohnedies geheimen) Sitzung kann sehr wohl von einem Gerichtsmitgliede erstattet werden, und wenn man den Staatsanwalt über das Gesuch hören will, so kann dies geschehen.

IX.

Mündlichkeit des Verfahrens.

Wenn gleich seit Einführung des mündlichen Strafverfahrens in Deutschland und seit der Zeit, wo in einigen deutschen Staaten auch in Civilprozessen, namentlich bei geringen Rechtshändeln, ein mündliches Verfahren eingeführt ist, die Gegner des mündlichen Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten sich sehr vermindert haben, so sind doch noch ehrenwerthe Gegner vorhanden und ihre Gründe beachtenswerth: eine Prüfung dieser Gründe und jener für das mündliche Verfahren ist daher wohl nicht zu umgehen[2]).

Das schriftliche Verfahren, obgleich erst mit Aufnahme

---

[1]) Bayer. Entw. Art. 134.

[2]) Vergl. die Motive zur hannöv. Prozeßordn. v. J. 1850 bei Leonhardt, die Justizgesetzgebung des Königreichs Hannover. 2. Bd. 3. Aufl. Hannover 1861 Seite 1.

der fremden Rechte in Deutschland in's Leben getreten, hat für den Fall, daß die Schriftsätze der Parteien von diesen oder ihren Anwälten zu Hause gefertigt und dann dem Gerichte übergeben werden, den Vorzug, daß sie, mit Muße und Ueberlegung gefertigt, leicht vollständiger und gründlicher sein können, als der mündliche Vortrag, wozu überdies nicht Jeder die Gabe hat. Abgesehen hievon hat die Schriftlichkeit den Vorzug, daß das, was zu den Akten des Gerichtes schriftlich erklärt ist, einer Aenderung oder Zurücknahme, sei es aus Chikane oder sonst aus einem Grunde, nicht unterworfen ist (litera scripta manet); daß sonach der Gegner einen festen Anhaltspunkt für seine Entgegnung, der Richter eine zuverlässige thatsächliche Unterlage seines Urtheiles hat, auch im Falle der Berufung der Oberrichter die Richtigkeit oder Unrichtigkeit des Ausspruches des vorigen Richters besser prüfen kann, als beim mündlichen Verfahren, wo das in voriger Instanz verhallte Wort nicht wohl mehr in derselben Vollständigkeit und ohne Gefahr der Veränderung reproduzirt werden kann.

Aber gerade diese angeblichen Vorzüge des schriftlichen Verfahrens arten bei konsequenter Verfolgung in Nachtheile aus und werden durch die Vortheile des mündlichen Verfahrens weit überwogen. Der Richterspruch soll sich auf das thatsächliche Verhältniß gründen, welches unter den Parteien besteht oder bestanden hat und woraus diese ihre Ansprüche ableiten. Nur dieses in der Wirklichkeit begründete, nicht ein nur fingirtes Verhältniß soll den Untersatz seines Urtheiles bilden. Wo dieses nicht der Fall ist, wo der Richter auf ein anderes als das in Wirklichkeit begründete, thatsächliche Verhältniß sein Urtheil gründet, da ist das Urtheil, wenn auch formell richtig, doch materiell ein Unrecht. Wenn man nun bei dem schriftlichen Prozesse so viel Werth darauf legt, daß das thatsächliche Verhältniß, wie es einmal in Schriften niedergelegt ist, nicht verändert werden

kann, so kommt man auch zu dem Grundsatze des gemeinen Civilprozesses, daß durch die Litiskontestation das bisherige Klagerecht als erloschen (konsumirt), sein Inhalt aber als in der Form eines neuen Anspruches zu betrachten ist und der Richter nur über diesen Anspruch zu erkennen, das allenfalls hievon verschiedene in Wahrheit bestehende Verhältniß aber, selbst wenn es ihm bekannt sein sollte, zu ignoriren hat. Quod non est in actis, non est in mundo. Kann auch zuweilen durch neue Klage oder durch Restitution nachgeholfen werden, so ist doch auf jeden Fall der Zeit- und Kostenverlust in Anschlag zu bringen. Bei dem mündlichen Verfahren kann von einem solchen Festhalten an dem einmal Vorgebrachten die Rede nicht sein: jeder Richter, auch der in höherer Instanz, urtheilt nur über das ihm von den Parteien vorgetragene thatsächliche Verhältniß; Berichtigungen sind jeder Zeit bis zum Urtheile letzter Instanz erlaubt und nur dafür sorgen die Gesetze, daß der Standpunkt in seinem Wesen nicht verändert werde.

Das mündliche Verfahren hat aber noch einen anderen wesentlichen Vorzug vor dem schriftlichen. Dem Richter muß das thatsächliche Verhältniß vorgelegt werden, über welches er urtheilen soll. Wird ihm dieses von den Parteien unmittelbar vorgetragen, so ist er ebenso wie die Partei versichert, daß es ihm so vorgetragen ist, wie die Partei es ihm zu erkennen geben wollte; diese Versicherung fällt aber beim schriftlichen Verfahren weg, soferne nicht die Schrift der Partei nur an einen Einzelnrichter zu gelangen hat und selbst hier bleibt der Zweifel, ob der Richter, welcher beim mündlichen Verfahren schon des Anstandes wegen und nicht blos aus Pflicht allein aufmerksam sein muß, die Schrift auch mit Aufmerksamkeit gelesen habe. Wird von einem Kollegium auf dem Grunde schriftlichen Verfahrens entschieden, so ist die Gefahr, daß dem Kollegium das Thatsächliche nicht ganz richtig vorgetragen worden, bald mehr

bald weniger bedeutend. Sind die Schriften von Advokaten [1]) — vielleicht von deren Gehülfen — gefertigt oder sind die Parteivorträge von einem Gerichtskommissär zu Protokoll genommen, so hat der Advokat oder Gerichtskommissär zu Papier gebracht, was nach seiner Auffassung thatsächlich und erheblich ist und daß hier oft Unrichtigkeiten vorkommen, ist eine in allen Ländern des schriftlichen Verfahrens durch Erfahrung bekannte Sache [2]). Mag nun der Inhalt der Schrift richtig oder unrichtig sein, so kann man doch nicht verlangen, daß jedes Mitglied des entscheidenden Kollegiums die Akten lese, und wenn man dieses anordnen würde, so fehlt es an der Gewißheit und auch an der Ueberzeugung der Parteien, daß jeder Richter die Akten wirklich gelesen hat. Man hat deshalb die Einrichtung getroffen, daß ein Mitglied des Kollegiums (Referent) die Akten lesen und deren erheblichen Inhalt dem Kollegium vortragen soll [3]). Ob der Referent die Akten gründlich geprüft und dem Kollegium alles Erhebliche mitgetheilt hat, darüber hat Niemand Gewißheit, die Richter und die Parteien müssen

---

[1]) Freilich ist auch beim mündlichen Verfahren die Möglichkeit vorhanden, daß der Advokat die Sache nicht ganz richtig vorträgt. Allein es ist der Partei freigestellt, gegenwärtig zu sein und zu berichtigen: will sie dies nicht, so hat nur sie die Schuld, nicht das Gesetz, nicht das mündliche Verfahren.

[2]) Hat doch die Ueberzeugung von der Unzuverlässigkeit des blos schriftlichen Verfahrens in Strafsachen (wo sie eben so, wie im Civilprozeß zu bemerken ist) den würdigen Veteran der deutschen Rechtslehrer, geh. Justiz- und Oberappellationsgerichtsrath Martin bewogen, in der Vorrede zur fünften Auflage seines Lehrbuches des Crim.-Proz. (1856) den Vorzug der in den vorhergehenden 4 Ausgaben nicht anerkannten Mündlichkeit des Verfahrens auszusprechen.

[3]) Das Vorlesen einer Relation macht bei weitem nicht den Eindruck, wie der freie lebendige mündliche Vortrag.

dies glauben und dieselben Richter, welche den Zeugen, die nicht aus unmittelbar sinnlicher Wahrnehmung ausgesagt haben — Zeugen vom Hörensagen — nicht gleichen Glauben schenken, wie jenen, welche das, was sie aussagen, selbst gesehen oder gehört haben, fällen selbst ihr Urtheil nicht auf den Grund desjenigen, was ihnen die Parteien oder deren Anwälte vorgetragen, sondern auf den Grund desjenigen, was ihnen ihr Referent als von den Parteien in die Akten gelegt mittheilt und was vielleicht der Referent nicht einmal richtig aufgefaßt hat: sie urtheilen auf den Grund des Hörensagens, welches, obgleich der Referent den Richtereid geleistet hat, doch wegen der Möglichkeit menschlichen Irrthumes nicht so zuverlässig ist, als was die Richter von den Parteien unmittelbar vernommen haben. Man hat schon versucht, durch Aufstellung eines zweiten Referenten nachzuhelfen, welchem man ebenfalls zur Pflicht machte, die Akten zu lesen: allein nicht nur ist dies nur eine theilweise Verbesserung, sondern man hat auch, abgesehen von dem dadurch für das Richterpersonal veranlaßten Zeitverluste, die Wahrnehmung zu machen geglaubt, daß Referent und Korreferent sich auf einander verlassen, bald der eine bald der andere nicht vollständig informirt ist oder gar beide nur oberflächliche Kenntniß der Akten haben.

Zu allen diesen Mängeln kommt aber noch, daß, wenn die Richter nach angehörtem Vortrage noch Aufklärungen, Lösung von Zweifeln oder Ergänzungen wünschen, welche aus den Akten nicht zu schöpfen sind, bei dem schriftlichen Verfahren Niemand in der Sitzung gegenwärtig ist, welcher Namens der Parteien Aufschluß geben könnte, und ein Aufschluß, über welchen die Parteien nicht gehört werden, läßt sich ohne Beeinträchtigung der Rechte der Parteien nicht denken.

Bei der Mündlichkeit des Verfahrens sind die vorgedachten Mängel beseitigt und der Einwand, daß bei diesem

Verfahren das in der vorigen Instanz gesprochene und verhallte Wort nicht leicht ganz getreu reproduzirt, also von dem höheren Richter die Richtigkeit des Urtheiles voriger Instanz nicht geprüft werden kann, verschwindet, wenn man, wie wir oben schon bemerkt, im Auge behält, daß die Aufgabe des Civilprozesses und des Richteramtes aller Instanzen ist, das materielle Recht zu finden und auszusprechen, keineswegs aber es nur darauf ankommen kann, ob der Richterspruch voriger Instanz dem dort festgestellten Verhältniß entsprechend sei.

Wenn man befürchtet, daß auf solche Weise in jeder Instanz eine Wiederholung der Verhandlung nothwendig werde, dadurch aber ein bedeutender Verlust an Zeit und Kosten veranlaßt werde, so beseitigt sich diese Furcht bei der Erwägung, daß, abgesehen vom schriftlichen Vorverfahren, die Entscheidungsgründe des Urtheiles — wenn Zeugenverhöre vorgekommen, welche schriftlich aufgezeichnet wurden, auch diese Aufzeichnungen und ebenso allenfallsige Urkunden — das Thatsächliche, wie es in voriger Instanz vorgekommen, genügend darlegen und wenn in der höheren Instanz eine Berichtigung dieses Thatsächlichen vorkommt, solche selten eine Wiederholung alles Dessen wird sein müssen, was in voriger Instanz vorgekommen[1]), überdies die Kosten nur den treffen können, der die Berichtigung veranlaßt hat oder eine Ergänzung dessen verlangt, was er versäumt hat.

Der Einwand gegen die Mündlichkeit des Verfahrens, daß nicht Jeder die Gabe des mündlichen Vortrages habe,

---

[1]) Die Meinung, als könne man die Wiederholung dadurch überflüssig machen, daß man bei allen Verhandlungen erster Instanz sogleich das Richterkollegium zweiter Instanz zuhören lasse, ist bereits von Mittermaier (Archiv f. civ. Praxis XXXV S. 130) so widerlegt, daß sie gewiß nirgends zum Gesetzesvorschlage wird.

wird schon durch das Gesetz beseitigt, denn in der Regel sprechen Advokaten, und wo die Parteien sprechen sollen und hiezu nicht vermögend sind, werden Vertreter zugelassen. Der mündliche Strafprozeß hat bereits gezeigt, daß jener Einwand nicht von Bedeutung ist.

Wohl kommen zuweilen Rechtsstreitigkeiten vor, welche wegen ihrer Weitläufigkeit und Verwickelung schriftliche Parteivorträge erfordern, allein sie sind so selten, daß um ihrentwillen nicht die große Zahl der übrigen Prozesse dem weit zweckmäßigeren mündlichen Verfahren entzogen werden darf[1]).

X.

Oeffentlichkeit.

Die Oeffentlichkeit des Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten wird hie und da noch weit mehr angefochten, als die Mündlichkeit. Die Gründe dieser Anfechtung sind, daß bei bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten nicht so wie bei Strafsachen der ganzen Nation an der Gerechtigkeit der Rechtspflege liegt; daß eben deßhalb da, wo die Oeffentlichkeit besteht, bei den Verhandlungen der Civilrechtsstreitigkeiten nur wenige, zuweilen gar keine Zuhörer sich einfinden, und daß den Parteien oft und besonders um ihres Kredits willen, zuweilen auch wegen Familienverhältnissen, zuweilen wegen Schamhaftigkeit daran liegt, daß ihre Rechtshändel dem Publikum nicht bekannt werden.

Diese Gründe sind aber nicht hinreichend, die Vortheile des öffentlichen Verfahrens in den Hintergrund zu drängen,

---

[1]) Schon die römischen Juristen sagten: Ex his, quae forte uno aliquo casu accidere possunt, jura non constituuntur. Fr. 4 D. de legib. (1:3). — Ueberdies regeln die Gesetze auch obigen Ausnahmsfall. Code de proc. civ. art. 95.

werden vielmehr von den Gründen für die Oeffentlichkeit überwogen.

Allerdings ist ein Volk bei der Strafrechtspflege in so ferne mehr betheiligt wie bei der Civilrechtspflege, als Verbrechen gegen die öffentliche Ordnung begangen werden und die Gesammtheit der Staatseinwohner berühren: allein die Civilrechtspflege, obgleich ihr Gegenstand nur die Privatrechte der Einzelnen betrifft, ist doch im Allgemeinen auch für die ganze Nation von der höchsten Wichtigkeit: von ihrer Güte hängt der Kredit im Allgemeinen und der Kredit eines jeden Einzelnen bald mehr bald weniger ab und so wie die seichte oder ungerechte Strafrechtspflege eine allgemeine Unzufriedenheit erregt, so ist dieß derselbe Fall bei langsamer oder oberflächlicher Civilrechtspflege, ja die Mängel der Civilrechtspflege schwächen den Kredit der Inländer nicht blos im Inlande, sondern auch im Auslande.

Richtig ist die Bemerkung, daß da, wo Oeffentlichkeit bei der Verhandlung über Civilrechtsstreitigkeiten besteht, weniger Zuhörer sich einfinden, als in der Regel bei Strafverhandlungen; ja es ist sogar richtig, daß dieses darauf beruht, daß wichtigere Strafrechtsfälle dem Publikum weit mehr Interesse gewähren: allein es kommt nicht auf die Zahl der Zuhörer an, sondern darauf, daß dem Publikum gestattet ist, den Verhandlungen beizuwohnen; daß es diese Erlaubniß benützt, von der Güte der Rechtspflege sich überzeugt, Kenntniß des Rechtes[1]) sich nach und nach erwirbt, Vertrauen auf die Gerichte gewinnt[2]), von der Nutzlosigkeit der Chikane sich überzeugt. Unter den Zuhörern, wenn es auch nur wenige, befinden sich gewöhnlich solche, welche die

---

[1]) Hiezu dienen besonders Gesetze in der Landessprache und in deutlicher Fassung.

[2]) Die Erfahrung hat dies bereits bei der Oeffentlichkeit des Strafverfahrens bewiesen, vorzüglich hinsichtlich der Schwurgerichte.

Parteien kennen und da letzteren doch beinahe allen daran gelegen sein wird, im Publikum als redlich und im Verkehre Vertrauen verdienend zu erscheinen, so werden sie sich wohl hüten, in der Lüge und Chikane ihr Heil zu suchen und ebenso werden die Anwälte es ihrem Interesse und ihrer Ehre entsprechend finden, sich als würdige Rechtsvertreter darzustellen.

Wohl gibt es Rechtsstreitigkeiten, bei welchen die Parteien hinreichende Gründe haben, daß nicht Jedem gestattet werde, der Verhandlung beizuwohnen: allein es müssen hiefür erhebliche Gründe vorhanden sein, z. B. in Klagen aus Geschlechtsverfehlungen; in Streitigkeiten unter nahen Verwandten, bei welchen eine Veröffentlichung Nachtheile bringen kann; besonders aber in Streitigkeiten unter Ehegatten: hier und eben so um der Würde der gerichtlichen Verhandlung willen kann eine Beschränkung der Oeffentlichkeit gestattet werden[1]), wie ja auch in Strafsachen solche gestattet ist. Bloße Furcht, am Kredit oder am Vertrauen zu verlieren, begründet eine Beschränkung oder Ausschließung der Oeffentlichkeit nicht. Wer eine rechtlich begründete Sache vor Gericht verfolgt, hat die Oeffentlichkeit nicht zu scheuen: der Chikaneur, der Prozeßsüchtige verdient nicht, sein Unwesen vor dem Bekanntwerden zu schützen.

Wie sehr die Oeffentlichkeit muthwilligen Prozessen entgegenwirkt, zeigt da, wo der französische Civilprozeß herrscht, der Unterschied zwischen den gewöhnlichen und den Handelsgerichten hinsichtlich des Kontumazialprozesses. Vor den gewöhnlichen Gerichten kommen weit weniger solche Prozesse vor als vor den Handelsgerichten, weil vor diesen die Handelsleute wegen Handelsgeschäften belangt werden, den Handelsleuten aber daran liegt, daß sie im Verkehre Vertrauen

---

[1]) Richtig im bayer. Entw. Art. 123, 124. Vgl. hannöv. PG. §. 87, 88.

genießen. Sind sie in Geldverlegenheit, werden aber von ihren Gläubigern gedrängt, so erwarten sie die Klage, erscheinen aber im Verhandlungstermine nicht, lassen vielmehr das Kontumazialerkenntniß gegen sich ergehen, legen vielleicht noch Einspruch ein, erscheinen im Termine wieder nicht und erwarten die definitive Verurtheilung. Auf diese Weise gewinnen sie einige Wochen Zeit, um Zahlungsmittel zu schaffen, ohne daß das Publikum gewahr wird, ob sie mit Recht oder Unrecht es auf die Klage ankommen ließen. Würden sie sich dadurch Zahlungsfrist verschaffen wollen, daß sie dem Gläubiger durch Klagabläugnung oder gar durch Chikane den Sieg und die Befriedigung verzögern, so würden sie sich selbst das ihnen in ihren Geschäften nothwendige Vertrauen schwächen.

Bei dem nicht öffentlichen Verfahren kann ein Rechtsstreit mehr Jahre hindurch hingehalten werden, als er bei dem öffentlichen Verfahren selbst in dem vorerwähnten Falle des Hülfsmittels des Einspruches Monate lang verzögert werden kann.

XI.

Schriftliches Vorverfahren.

Der mündlichen Verhandlung einer Civilprozeßsache vor Gericht geht nach französischem Prozesse, wo nicht der Einzelnrichter zu urtheilen hat, ein schriftliches Verfahren voraus, in welchem die Parteien ihre Ansprüche und deren Begründung, so wie die Vertheidigung vorläufig gegenseitig bekannt geben[1]). Dieses Vorverfahren wird von einigen

[1]) Nach französ. Civ.-Proz.-O. Art. 61 fg. fertigt der Huissier die Ladung, welche den wesentlichen Inhalt der Klage enthält: dies ist unzweckmäßig und mit Recht will der bayer. Entw. Art. 204 Fertigung der Klage durch den Anwalt. Ebenso hannöv. Proz. §. 94.

deutschen Juristen als überflüssig bestritten, hauptsächlich deshalb, weil jede Partei ihre Gründe schon kennt, die Richter aber nicht auf den Grund dieser Schriften, sondern nur auf den Grund desjenigen zu erkennen haben, was ihnen in der Gerichtssitzung von den Parteien vorgetragen ist. Andere deutsche Juristen halten dieses schriftliche Vorverfahren nicht für überflüssig, aber eben weil sie es als zum Verfahren vor Gericht für erforderlich halten, glauben sie, daß die gegenseitige Zustellung der Schriften durch das Gericht besorgt werden müsse.

Man findet hier die Wahrheit nur, wenn man sich das mündliche Verfahren, dessen Erfordernisse und Zweck genau vorstellt und damit eine gründliche Vorstellung der Bedeutung und des Zweckes des schriftlichen Vorverfahrens verbindet.

Den Richtern soll in ihrer Versammlung das Thatsächliche des Prozesses, die Ansprüche und deren Begründung der einen Partei, die Vertheidigung und deren Begründung der anderen Partei genau und vollständig dargelegt werden, so daß jeder von den Richtern im Stande ist, über das streitige Rechtsverhältniß gründlich zu urtheilen. Jede Partei kennt nur die Gründe vollständig, welche für sie sprechen; die Gründe, welche der Gegner ihr entgegensetzen wird, kann sie zwar bei einfachen Verhältnissen kennen oder doch vermuthen, aber Gewißheit hat sie nicht, daß — besonders bei verwickelten thatsächlichen Verhältnissen oder wenn Thatsachen von Einfluß sind, welche ihr noch nicht oder nicht genau bekannt geworden — ihr nicht doch bei der Verhandlung Gründe entgegengesetzt werden, über deren nähere Beschaffenheit und über allenfallsige Gegengründe sie erst nähere Auskunft sich verschaffen muß. Nicht nur bei den eigentlichen Einreden und der Widerklage ist dieses der Fall; es ist auch möglich bei der Klage, daß der Verklagte, obgleich ihm deren Gegenstand bei der Ladung bekannt gegeben wor-

den, bei der Verhandlung mit Angaben überrascht wird, auf deren Entgegnung er nicht vorbereitet ist. In solchen Fällen könnte man zwar mit Vertagung des Verhandlungstermines helfen, allein es wäre vorauszusehen, daß dergleichen Vertagungen öfters vorkommen und den Richtern durch die mehrfache Verhandlung derselben Sache viel Zeitverlust, den Parteien nebst dem Verluste an Zeit auch noch Verlust an Kosten, überdies aber Verzögerung der Rechtspflege veranlaßt würde. — Es ist daher zweckmäßig, ja sogar zur Beförderung der Rechtspflege nothwendig, daß das Gesetz die Parteien verpflichtet, vor der gerichtlichen Verhandlung das, was sie im Verfahren vor Gericht vorbringen werden, seinem wesentlichen Inhalte nach einander bekannt zu machen. Bringt dann in der Verhandlung vor Gericht eine Partei dennoch Thatsachen vor, welche auf die Beurtheilung von Einfluß, aber in dem schriftlichen Verfahren nicht vorgekommen sind, so kann der Gegner, wenn er sich darauf sogleich nicht einlassen will, zwar nicht Präklusion oder Nichtbeachtung der neuen Thatsachen, wohl aber Vertagung verlangen, um sich zur Entgegnung vorzubereiten, und es liegt in der Natur der Sache, daß die hiedurch veranlaßten Kostenvermehrung demjenigen zur Last falle, welcher durch sein verspätetes Vorbringen die Nothwendigkeit der Vertagung herbeigeführt hat. Es liegt hier ein ähnliches Verhältniß vor, wie nach gemeinem Prozesse in Deutschland bei der Klageänderung; nur tritt mit Festhaltung des Grundsatzes, daß die Erörterung des wahren Sachverhältnisses bis zur rechtskräftigen Entscheidung möglich sein muß, nicht wie nach gemeinem deutschen Prozesse eine Unzulässigkeit der Klageänderung ein, so daß der Kläger, wenn er sein Recht dennoch verfolgen will, seine bisherige Klage fallen lassen, die Kosten tragen und sein Heil in einer neuen Klage suchen muß [1]).

[1]) Vgl. Planck, Bemerkungen über den bayer. Entw. S. 10 fg.

Aber auch um der Richter willen ist das schriftliche Vorverfahren in allen nicht ganz einfachen Fällen höchst zweckmäßig. Denn wenn gleich dieses Vorverfahren die Basis der Entscheidung nicht abgibt und auch der Inhalt desselben nicht allen Richtern bekannt wird, so hat doch der Vorsitzende die Verhandlung zu leiten und hiezu ist oft allgemeine Kenntniß des Sachverhältnisses erforderlich, theils um bei Festsetzung des Verhandlungstermines die Zeit zu berücksichtigen, welche erforderlich sein mag, damit nicht die folgende Sache zurückgedrängt werde, theils um bei Direktion der Verhandlung und bei allenfallsiger Fragestellung mit Kenntniß der speziellen Sache zu verfahren.

Wer da glaubt, die gegenseitigen Schriften des Vorverfahrens müßten durch das Gericht mitgetheilt werden, weil sie für die Parteien und für das Gericht die vorerwähnten Bedeutungen haben, der hat zwar einigermaßen Recht, geht aber zu weit. Allerdings müssen diese Schriften auf eine Weise zugestellt werden, welche die Gewißheit verschafft, daß sie der rechten Person und zur rechten Zeit zugestellt worden sind: allein daraus folgt nur, daß die Zustellung nicht durch Privatpersonen, z. B. nicht durch Angehörige des einen Anwaltes an den anderen, sondern durch Gerichtspersonen geschehen müsse, und so wie in Deutschland das Gericht bisher durch die Gerichtsdiener zustellen ließ, so geschieht nach französischem Prozesse die Zustellung durch die Huissiers, und in Deutschland wird mit Einführung des mündlichen Verfahrens die Zustellung der Schriften des Vorverfahrens den Subalternen des Gerichtes durch das Gesetz übertragen, bei dessen Vollzug auch dafür gesorgt werden wird, daß diese Subalternen die erforderlichen Eigenschaften haben und durch verhältnißmäßig strenge Disziplinargesetze und Disziplinareinschreitung zur größtmöglichsten Genauigkeit im Dienste angehalten bleiben [1]). Daß nach dem bis-

[1]) Hannöv. Proz. O. §. 118. — Der bayer. Entw. Art. 149

herigen Gange des Civilprozesses die Prozeßschriften der Parteien dem Gerichte und von diesem dem Gerichtsdiener zur Zustellung übergeben werden, das beruht theils darauf, daß ein Exemplar dieser Schriften bei den Akten bleibt, auf deren Grund das Urtheil erlassen wird, theils darauf, daß bei dem schriftlichen Verfahren des gemeinen Prozesses der Richter jede Schrift prüfen muß, ob darin nicht besondere Anträge, z. B. auf Arrest oder provisorische Verfügung gestellt sind, oder ob darin eine Streitverkündung enthalten ist, worauf er verfügen muß, oder ob die Schrift nicht vielleicht Injurien wider den Gegner enthalte, deren Mittheilung durch den Richter wider die Richteramtswürde wäre. Bei dem mündlichen Verfahren können die Schriften des Vorverfahrens keine Anträge an die Richter enthalten, es müssen vielmehr besondere Anträge, welche an das Gericht gestellt werden wollen, bei diesem besonders eingereicht werden; die Streitverkündung wird ohne Dazwischentreten des Gerichtes zugestellt wie die anderen Schriften des Vorverfahrens, und da das Gericht die Mittheilung dieser Schriften nicht zu besorgen hat, so kommt es auch nicht in die Lage, der Träger der Injurien des einen Theiles an den anderen zu sein. Die Mittheilung der Schriften des Vorverfahrens von Partei zu Partei oder von Anwalt zu Anwalt erfordert keine rechtswissenschaftliche Kenntniß, keine Autorität des

---

will den Parteien und Anwälten überlassen, ob sie sich Prozeßschriften und Urkunden unmittelbar zur Einsicht mittheilen wollen oder durch Hinterlegung auf der Gerichtsschreiberei. Es setzt dies Parteien und Anwälte in Verlegenheit, wenn sie kein Vertrauen haben und doch kein Mißtrauen äußern wollen. Es dürfte mehr dem Genfer und Hannöv. Proz.-Ges. sich zu nähern und hinsichtlich der Parteischriften Zustellung durch die Gerichtsvollzieher, hinsichtlich der Urkunden Hinterlegung auf der Gerichtskanzlei zu Einsicht anzuordnen, den Parteien und Anwälten aber unmittelbare Zustellung zu gestatten sein.

Richteramtes, es wäre also eine der Würde des Richteramtes entgegenlaufende Zumuthung an den Richter, wenn man ihm ein zum Dienste der Subalternen gehöriges Amt übertragen wollte.

XII.

Verhandlungsmaxime. Fragerecht.

Ob bei dem mündlichen Civilprozesse die Verhandlungs- oder Untersuchungsmaxime anzuwenden, hierüber hat man schon verschiedene Ansichten geäußert. Betrachtet man die verschiedenen Civilprozeßgesetzgebungen in Deutschland, so hat die gemeinrechtliche die Verhandlungsmaxime nur mit Beschränkungen, denn ausnahmsweise ist auch ein Fragerecht des Richters gestattet [1]), welches jedoch bei dem schriftlichen Verfahren nicht leicht anwendbar ist und nur beim Zeugenverhöre öfters vorkommt. Ebenso ist auch die Untersuchungsmaxime der preußischen Gerichtsordnung beschränkt, denn nicht nur wird keinem Kläger in der Hauptsache mehr zuerkannt, als worauf sein Anspruch gerichtet ist, sondern es werden ihm auch gesetzliche Zinsen nur insoferne von Amtswegen zuerkannt, als er darauf angetragen und einen bestimmten Zinsfuß oder den Anfangs- oder End-Termin der Zinsenverbindlichkeit angegeben hat [2]); ferner ist es zwar Pflicht des Richters, den Grund oder Ungrund der in einem Prozesse vorkommenden Thatsachen selbst und unmittelbar zu untersuchen [3]), er kann jedoch nur diejenigen Mittel zur Erforschung der Wahrheit anwenden, die aus dem Vortrage

---

[1]) Fr. 21 D. de interrog. in jure (11, 1). Const. 9. Cod. de jud. (3, 1). Cap. 10 X de fide instrum. (2, 22). J. R. A. §. 41 a. E. — Die bayer. GO. Kap. 10 §. 15 Nr. 7 gibt nur den Dikasterien ein Fragerecht an die Parteien.

[2]) Preuß. GO. Thl. I Tit. 23 §. 58.

[3]) Preuß. GO. Einleit. §. 7 u. 10.

der Parteien und aus dem Zusammenhange ihrer Verhandlungen sich ergeben [1]) und Thatsachen, worauf weder die Angaben der Parteien, noch der Zusammenhang der Sache, noch der Inhalt der Urkunden, noch Zeugenaussagen führen, die vielmehr nur in der Privatwissenschaft des Richters beruhen, darf dieser als Gegenstände der Instruktion nicht aufstellen [2]).

Auch der französische Civilprozeß bindet den Richter an die Bitte der Parteien [3]) und räumt demselben in der Instruktion nicht mehr Befugnisse ein, als zur Aufklärung des Sachverhältnisses erforderlich sind [4]).

Um die Frage zu entscheiden, ob und wie weit der Richter im Civilprozesse von Amtswegen fürschreiten könne, muß man vor Allem erwägen, daß Privatrechte der Gegenstand der Civilrechtsstreitigkeiten sind, Privatrechte aber, eben weil sie solche sind, der freien Verfügung des selbstständigen Berechtigten unterliegen, dieser also dieselben behaupten und verfolgen, oder darauf nach seinem Gutdünken ganz oder zum Theile verzichten kann. Deshalb ist der Grundsatz der Verhandlungsmaxime ganz gerechtfertigt, daß im Civilprozesse der Richter sein Amt nicht unaufgefordert verwalten und, wenn er aufgefordert, solches nur so weit verwalten kann, als er hiezu aufgefordert ist; daß er demnach keiner Partei etwas Anderes oder mehr zuerkennen darf, als sie gebeten hat. Ebenso ist der Grundsatz der Verhandlungsmaxime in der Natur des Privatrechtsverhältnisses gelegen, daß jeder Partei frei stehen muß, ob sie alle ihre Beweismittel benützen will oder nicht.

---

[1]) Preuß. GO. Einl. §. 17 u. Tit. 10 §. 2.

[2]) Preuß. GO. Tit. 10 §. 5 b.

[3]) Code de proc. civ. art. 480 nr. 5.

[4]) Schlink, Kommentar über die französische Civ.-GO. Bd. II §. 389, 390.

Dagegen ist der Richter, wenn er angerufen wird, über ein streitiges Privatrechtsverhältniß zu unterscheiden, berechtigt und verpflichtet, von den Parteien die Darlegung des ganzen thatsächlichen Verhältnisses zu verlangen und soweit die Parteien hierin Unvollständigkeit oder Dunkelheit gelassen haben, durch Fragestellung Vervollständigung und Aufklärung zu fordern, weil er ohne vollständige Kenntniß des thatsächlichen Verhältnisses ein diesem Verhältnisse entsprechendes Urtheil nicht erlassen kann [1]). Dieses Recht des Richters kann man deshalb nicht als Untersuchungsmaxime, sondern nur als Fragerecht bezeichnen, weil einestheils es nur soweit geübt werden darf, als es zur Aufklärung des zur richterlichen Entscheidung gebrachten Verhältnisses erforderlich ist, anderentheils und vorzüglich, weil der Richter keinen Zwang anwenden darf, um diese Aufklärung zu erhalten, sondern die weigernde Partei nur die Folgen zu tragen hat, welche ihr aus ihrer Weigerung entspringen. Gibt der Kläger die Aufklärung nicht, welche zur Begründung seiner Klage erforderlich ist, so trägt er die Schuld, wenn er mit der Klage nicht siegt; benennt er die Zeugen nicht oder legt er die Urkunden nicht vor, welche der Richter zum Beweis des Klagegrundes verlangt, so kann er, wenn der Beweis nicht auf andere Art vorliegt, abgewiesen werden: erklärt sich eine Partei nicht über die Wahrheit oder Unwahrheit des gegnerischen Vorbringens, so kann ein Zugeständniß angenommen werden, wenn noch andere Umstände hiefür sprechen.

Verhandlungsmaxime und Fragerecht sind in obiger Art auch bei dem mündlichen Verfahren anwendbar und nothwendig, keineswegs aber kann die Mündlichkeit die Anwendung einer Untersuchungsmaxime rechtfertigen, namentlich hat die Analogie des Strafprozesses nicht statt, denn bei diesem

---

[1]) Bayer. Entw. Art. 129 ist hierüber zweckmäßig.

handelt es sich nicht von Rechten, welche der Verfügung der Parteien unterliegen, sondern von dem öffentlichen Wohle, von der öffentlichen Ordnung, also von den Rechten des Staates, auf welche selbst der Staatsanwalt nicht verzichten kann.

XIII.

Verhandlung vor den Gerichten erster Instanz.

Den Richtern muß das thatsächliche Verhältniß, über welches sie urtheilen sollen, vollständig und rein, wie es sich in der Wirklichkeit zugetragen, dargestellt werden, es mag ein Kollegium oder ein einzelner Richter zu entscheiden haben. Doch unterscheidet sich das Verfahren vor den Kollegialgerichten von dem vor dem Einzelnrichter.

Vor Kollegialgerichten werden die wichtigeren, oft verwickelteren Rechtsstreitigkeiten verhandelt. Es geht dieser Verhandlung das schriftliche Vorverfahren voraus, vorzüglich, damit nicht bei der mündlichen Verhandlung vor Gericht die eine Partei die andere mit Thatsachen und Einwendungen überrasche, auf deren Erläuterung und Widerlegung die andere Partei nicht vorbereitet ist; zugleich aber auch, um dem vorsitzenden Richter zur Vorbereitung auf die Leitung der Verhandlung und auf allenfallsige Fragestellung zu dienen. Man hat schon die Meinung geäußert, bei dem neuen Verfahren würden die Richter in der Sitzung mit Thatsachen überrascht, die ihnen nicht schon aus Gerichtsakten bekannt sein konnten; selbst der vorsitzende Richter habe durch die Verhandlung des Vorverfahrens keine so vollständige Kenntniß, weil diese Verhandlung nur summarisch und nähere Ausführung erst in der Sitzung möglich sei, während bei dem bisherigen schriftlichen Verfahren doch dem Referenten aus den Akten Alles bekannt ist, was auf die Entscheidung der Sache Einfluß haben kann. Diese Besorgniß beruht je-

doch nur auf einer Voreingenommenheit gegen das ungewohnte neue Verfahren. So wie bei dem bisherigen Verfahren die Votanten bis zum Vortrage in der Sitzung von der Sache, über welche sie urtheilen sollen, keine Kenntniß haben, so ist dieses bei ihnen auch künftig der Fall, und wenn der Vorsitzende durch die Verhandlungen des Vorverfahrens keine so umständliche Kenntniß des Sachverhältnisses erhält, wie bis jetzt der Referent aus den Akten, so erhält er doch Kenntniß der Sache im Allgemeinen und selbst hievon abgesehen muß von jedem Vorsitzenden erwartet werden, daß er ebenso wie die Votanten im Stande ist, über einen ihm erst jetzt zur Kenntniß gekommenen Rechtsfall ein gründliches Urtheil abzugeben: Vorsitzender und Votanten aber erhalten durch den mündlichen Vortrag der Anwälte und durch Benützung des Fragerechtes eine weit klarere und vollständigere Kenntniß des thatsächlichen Verhältnisses, als das nie so lebendige Ablesen eines Vortrages und die Benützung der Akten allein gewähren können.

Der Verhandlung in der Sitzung geht die Anmeldung der Sache voraus. Es liegt in der Natur der Sache, daß die Anmeldung vom Kläger geschieht, denn vorzüglich diesem, nicht so sehr dem Verklagten, liegt an der Entscheidung: da indessen dem Verklagten, wenn ihm einmal im Vorverfahren die Klage zugestellt ist, doch auch daran liegt, nicht immer die Drohung einer Klage vor sich zu haben, so muß auch diesem ein Recht zustehen, die Verhandlung oder die Zurücknahme der Klage oder die Sicherstellung vor deren Erneuerung zu verlangen. Nach den Grundsätzen des bisherigen deutschen Civilprozesses würde die Zustellung der Klage an den Verklagten, so lange diese bei dem Gerichte selbst noch nicht gestellt ist, den Verklagten nur zur Provokation berechtigen: es entsteht nun die Frage, ob nach dem neuen Verfahren die Zustellung der Klage im Vorverfahren den Verklagten zu mehr berechtigen kann; was doch nur

darin bestehen dürfte, daß dem Verklagten gestattet würde, daß, wenn der Kläger nicht anmeldet, nun der Verklagte die Anmeldung zur gerichtlichen Verhandlung vornimmt [1]). Wird hierauf Tagfahrt zur Verhandlung vor Gericht anberaumt und erscheint der Kläger nicht, so kann ihn ein Rechtsnachtheil nicht treffen, denn daß die Sache jetzt nicht verhandelt wird, ist ihm kein Nachtheil, weil er die Verhandlung noch nicht verlangt hat; eine Abweisung seiner Klage rechtfertigt sich nicht, weil er die Klage bei Gericht noch nicht gestellt hat; eine Entbindung des Verklagten von der noch nicht bei Gericht gestellten und dort geprüften Klage läßt sich ebenfalls nicht rechtfertigen; Auflegung ewigen Stillschweigens an den Kläger wäre ein Rechtsnachtheil ohne Androhung, ein Urtheil im Provokationsprozesse, der nicht geführt wurde [2]). Wenn man [3]) eine zweimalige Anmeldung anordnet, die erste gleich nach der Zustellung der Klage im Vorverfahren, die zweite am Schlusse des Vorverfahrens, und wenn man gleich bei der ersten Anmeldung die Sache in ein Verzeichniß eintragen läßt, so kann man zwar dem Kläger für den Fall, daß er die zweite Anmeldung unterläßt, Streichung von der Liste androhen [4]), damit ist aber dem Verklagten noch nicht geholfen, denn noch immer droht ihm eine neue Anmeldung.

Werden die Schriften des Vorverfahrens durch den Gerichtsvollzieher ohne Direktion des Gerichtes zugestellt, so muß zwar der Gerichtsvollzieher hierüber Listen führen: eine Anmeldung bei Gericht (Gerichtsschreiberei) dürfte jedoch

---

[1]) Der bayer. Entw. Art. 212 Abs. 2 läßt auch den Verklagten, wenn er die Klage beantwortet, zur Anmeldung.

[2]) Der bayer. Entw. Art. 220 gibt dem Verklagten die Befugniß, Urtheil zu begehren.

[3]) Bayer. Entw. Art. 206 – 208, 212.

[4]) Vgl. bayer. Entw. Art. 220.

dann erst nothwendig sein, wenn damit Anberaumung der Verhandlungstagsfahrt bezweckt wird, also erst dann, wenn das Vorverfahren geschlossen oder für geschlossen anzunehmen ist. Allerdings muß der Gerichtsvollzieher wegen der richtigen Führung seines Amtes in Zustellung der Parteischriften im Vorverfahren überwacht werden, allein dieses ist Sache der Disziplin, des Gerichtsvorstandes, nicht Sache des Gerichtes.

Ist der Kläger in der Anmeldung säumig, so kann der Verklagte den Provokationsprozeß zu Hülfe nehmen. Hat der Kläger angemeldet, so wird Tagsfahrt zur mündlichen Verhandlung anberaumt [1]) und die Parteien haben die Verhandlungen des Vorverfahrens dem Vorsitzenden des Gerichtes zur Einsicht vorzulegen, doch ist die Einrichtung zu treffen, daß die Anwälte diese Verhandlungen so zeitig zurück erhalten, daß auch sie zur mündlichen Verhandlung vorbereitet sein können.

Erscheinen in der Verhandlungstagsfahrt beide Anwälte nicht, so ist die Tagsfahrt vereitelt und kann nur auf neue Anmeldung neue Tagsfahrt anberaumt werden. Erscheint nur der Verklagte (dessen Anwalt), nicht aber der Kläger, so läßt sich jetzt nicht Entbindung des Verklagten oder Abweisung der Klage rechtfertigen, denn das der Klage zum Grunde liegende Verhältniß kann doch vom Gerichte nur geprüft werden, wenn ihm die Klage vorgetragen ist [2]) und dieser Vortrag kann weder vom Verklagten, noch von einer Gerichtsperson Namens des nicht erschienenen Klägers geschehen. Nur Streichung der Tagsfahrt von der Liste und Verurtheilung des Klägers in die Kosten wird sich rechtfer-

---

[1]) Bayer. Entw. Art. 212 ff.

[2]) Leonhardt a. a. O. S. 245.

tigen: dem Kläger bleibt neue Anmeldung, dem Verklagten Provokation vorbehalten[1]).

Sind beide Theile erschienen und kommt es zur Verhandlung, wo beide Theile ihre Anträge bestimmt zu stellen und gehörig auszuführen haben, so hat der Gerichtsvorsitzende die Leitung des Verfahrens und dafür zu sorgen, daß das thatsächliche Verhältniß vollständig erörtert und klar gemacht werde. Nicht nur dem Vorsitzenden und den Richtern steht das Fragerecht zu; auch Anwälte und Parteien müssen hiezu berechtigt sein, und wo der Staatsanwalt Namens des betheiligten Staates an der Verhandlung Theil nehmen kann, steht ihm ein gleiches Recht zu. Unbedingte Anordnung, daß Gerichtsmitglieder und Parteien nur durch das Organ des vorsitzenden Richters Fragen stellen können[2]), hat zwar darin Grund, daß die Fragen nicht über den Zweck der Verhandlung ausschreiten sollen; ferner, daß eine unnütze Weitläufigkeit zu verhindern und daß der Gefragte nicht verbunden ist, die Frage seines Gegners zu beantworten. Betrachtet man aber in verschiedenen Ländern, wo das Gesetz die Fragestellung durch den Vorsitzenden anordnet, die Praxis in den öffentlichen Sitzungen, so findet man, daß bei Beobachtung des Gebotes die Verhandlung schleppend wird, indem der Vorsitzende durch seine Frage wiederholt, was schon derjenige, welcher die Frage veranlaßte, gesagt hat; daß aber ebendeshalb und um Langweiligkeit zu verhüten, die Frage von dem, welcher sie beantwortet haben will, unmittelbar gestellt wird, nachdem er zuvor den Vorsitzenden (oft nur durch eine Verbeugung und Hindeutung auf den zu Fragenden) um Erlaubniß gefragt und diese (ebenfalls oft nur durch eine bezeichnende Bewegung) erhalten

---

[1]) Vgl. bayer. Entw. Art. 220. — Das hannov. Gesetz Art. 367 verordnet Entbindung von der Instanz.

[2]) Bayer. Entw. Art. 129.

hat. Es entwickelt sich dann gewöhnlich ein gegenseitiges Aufklären, und besonders wenn die Parteien zur Rede kommen, eine weit vollständigere Entwickelung, als außerdem möglich ist. Eine Ausartung der Gegenreden in unerhebliche Weitläufigkeit oder gar in leidenschaftliche Ausbrüche kommt fast nie vor, weil der Vorsitzende sorgfältig überwacht und zur Ordnung verweist oder gar das Wort entzieht, wenn ein Mißbrauch vorkommt. Diese Praxis zum Gesetze zu erheben, wird zweckmäßig und nothwendig sein.

Da die Verhandlung das Thatsächliche vollständig herzustellen hat, so ist jeder Theil verbunden, über die Behauptungen des Gegners sich zu erklären: geschieht dieses nicht vollständig und bestimmt, so hat der Gegner das Recht, der Vorsitzende aber die Pflicht, vollständige, bestimmte und zugleich deutliche Erklärung zu fordern, und wenn dieser Aufforderung nicht entsprochen wird, so entsteht, weil ein eigentlicher Zwang zum Sprechen doch nicht stattfinden kann, die Frage, ob ein Rechtsnachtheil, welchen das Gesetz androht, nothwendig sei und ob dieser Rechtsnachtheil der sein könne, daß die von dem Gegner aufgestellte Behauptung, wenn sie erheblich, als zugestanden anzunehmen ist. Es würde indessen ein solcher Rechtsnachtheil nicht nur dem Grundsatze widersprechen, daß der Richter nicht durch Beweisregeln verhindert werden soll, seine Ueberzeugung von der Wahrheit oder Unwahrheit eines thatsächlichen Verhältnisses nach dem ganzen Ergebnisse der vor ihm stattgefundenen Verhandlungen auszusprechen, sondern es würde auch oft ein solches fingirtes Geständniß in Widerspruch mit den übrigen in der Verhandlung vorgekommenen Thatsachen stehen, und es gibt störrige eigensinnige Parteien, welche nicht reden wollen, schüchterne Parteien, welche zu sprechen sich nicht getrauen, aus deren Stillschweigen also kein Geständniß gefolgert werden kann. Auch wäre der Rechtsnachtheil, daß ein Geständniß angenommen werde, oft eine unverhältnißmäßige

Strafe des Nichtantwortens, welche den Stillschweigenden, vielleicht auch dessen Familie, um das Vermögen und ins Unglück bringen könnte. Das Gesetz muß den Richtern überlassen, ob sie nach dem ganzen Ergebnisse der Verhandlung das Nichtantworten als Zugeständniß und damit als einen Grund mehr zur Annahme der Wahrheit des vom Gegner Behaupteten ansehen wollen [1]). Es ist dieses gewiß um so richtiger, als doch darüber kein Zweifel bestehen kann, daß sogar ein ausdrückliches Zugeständniß vom Richter nicht als wahr angenommen werden darf, wenn aus den übrigen Verhandlungen sich ergibt, daß das Geständniß nicht in Wahrheit beruhe.

Bei dem Verfahren vor dem Einzelnrichter fällt das schriftliche Vorverfahren ganz weg; die Klage kann bei dem Richter schriftlich eingereicht, oder zu Protokoll erklärt, oder auch nur angemeldet werden; eine Anmeldung bei dem Gerichtsvollzieher findet nicht statt: der Richter bestimmt den Verhandlungstermin, wozu er beide Theile laden läßt; es können aber auch die Parteien ohne Anmeldung erscheinen und der Richter hat sie anzuhören, wenn seine übrigen Geschäfte es erlauben. Rücksichtlich der Verhandlung selbst, der Oeffentlichkeit, des Fragerechtes und der Nothwendigkeit, das Thatsächliche möglichst vollständig darzustellen, gilt dasselbe, was bei dem Verfahren vor Kollegialgerichten stattfindet. Auch vor Einzelnrichtern gibt es keine Präklusion desjenigen, was etwas später vorgebracht wird, soferne es nur vor dem Urtheile noch angebracht wird, also keine präkludirenden Abtheilungen in Exzeption, Replik, Duplik. Auch kann in Sachen, welche vor dem Einzelnrichter verhandelt worden, ebenso wie in den vor Kollegialgerichten verhandelten, in der höheren Instanz noch weiteres thatsächliches Vorbringen stattfinden.

---

[1]) Bayer. Entw. Art. 137.

Das Beweisverfahren kann zwar Abkürzungen, nicht aber Beschränkung des Rechtes enthalten, den Beweis erheblicher und bestrittener Thatumstände zu liefern [1]).

XIV.

Versäumung.

Wenn ein Rechtsstreit an das Gericht gebracht ist, damit dieses solchen entscheide, so ist jede der Parteien schuldig, dem Gerichte die Anträge, die sie machen will, sei es nun auf Verurtheilung oder Entbindung, bestimmt und deutlich vorzutragen, auch die thatsächlichen Verhältnisse, auf welche sie ihre Anträge stützt, zu entwickeln. Auf die Nichterfüllung dieser Pflicht muß das Gesetz Nachtheile androhen und da diese Nichterfüllung [2]) in verschiedenen Stadien des Prozesses möglich ist, so müssen die Nachtheile nach dieser Verschiedenheit angedroht werden. Da indessen die gegenwärtige Schrift nicht darauf berechnet ist, alle Fragen der Civilprozeßgesetzgebung zu behandeln, sondern dieselbe nur die wichtigeren, bei welchen der Unterschied zwischen dem alten und neuen Verfahren zu berücksichtigen ist, zum Gegenstande hat, so wird sich insbesondere hier darauf beschränkt, von den Folgen zu sprechen, welche wegen gänzlicher Versäumung bei Erörterung der Streitsache selbst eintreten sollen, d. h. wenn der

---

[1]) Ueber das Verfahren vor Einzelnrichtern vergl. bayer. Entw. Art. 469—507, dann hannov. CPO. §. 375—390.

[2]) Bisher nannte man diese Nichterfüllung „Ungehorsam" (contumacia), was aber nur richtig wäre, wenn jede Nichterfüllung absichtlich geschähe. Besser ist der Ausdruck „Versäumung", weil diese sowohl absichtlich als aus Nachlässigkeit stattfinden kann.

Kläger oder wenn der Verklagte dabei ganz und gar säumig ist.

Nicht jede Versäumung geschieht absichtlich; ihrem Grunde, und insbesondere, ob sie absichtlich geschehen, kann der Richter nicht nachforschen: aber selbst wenn sie absichtlich geschehen, rechtfertigt sich nur ein solcher Nachtheil, welcher der Verschuldung angemessen ist; nicht sogleich Verlust des in Frage stehenden Rechtes, also nicht sogleich Abweisung des Klägers mit der Klage (d. h. Entbindung des Verklagten von derselben und damit von dem klägerischen Anspruche); eben so wenig sofortige Verurtheilung des Verklagten ohne vorgängigen Beweis des Rechtes des Klägers und ohne ein Rechtsmittel für den Verklagten, die Versäumung wieder gut zu machen. Je strenger die Gesetze in den Nachtheilen sind, welche sie der Versäumung im Prozesse androhen, desto billiger müssen sie in den Hilfsmitteln sein, durch welche diesen Nachtheilen abgeholfen wird. Hat eine Versäumung aus Unkenntniß, aus Nachlässigkeit, oder auch aus Starrsinn die Folge, daß der Säumige sein Recht und damit sein Vermögen, die Mittel sich und die Seinigen zu ernähren, verliert und daß er der Gemeinde zur Last fällt, während der Gegner, nicht weil ihm das Recht zusteht, sondern nur, weil der Andere säumig war, einen Gewinn macht, so ist das Gesetz zu streng. Der Unglücklichen, denen das materielle Recht lediglich um des formellen Rechtes willen genommen wurde, gibt es beinahe in jedem Bezirke und sie sind (bekannt unter dem Namen „Querulanten") eine wahre Last der Unter- und Oberbehörden.

Beginnen wir hier mit der Versäumung des Verklagten in der Klagebeantwortung. Der gemeine deutsche Prozeß läßt in der Regel die Klage als abgeläugnet ansehen und unter Ausschluß der allenfallsigen Einreden des Verklagten den Kläger zum Beweise des Klagegrundes. Materielles Recht ist dadurch allerdings möglichst gewahrt

und der Richter erkennt nur auf den Grund dessen, was ihm das Beweisverfahren darlegt. Allein es ist eine nicht zu rechtfertigende Belästigung des Klägers und eine noch weniger zu rechtfertigende Belastung der Gerichte, wenn jedem Verklagten gestattet ist, die Hände ruhig in den Schoos zu legen und zu warten, ob dem Kläger der Beweis gelingt: der Verklagte ist schuldig, zu antworten.

Die preußische Gerichtsordnung läßt bei dem Ungehorsam des Verklagten die in der Klage enthaltenen Thatsachen für zugestanden und bewiesen annehmen und den Verklagten hiernach verurtheilen; sie verlangt jedoch auch, daß mit der Klage die Beweismittel für solche angegeben, die Urkunden, soweit es möglich, vorgelegt werden, und läßt den Verklagten im Restitutionswege noch zur Verhandlung, wenn er in kurzer Frist unter Angabe seiner Vertheidigungsmittel bescheinigt, daß er verhindert war, die Klage zu beantworten. Dieser Kontumazialweg ist zweckmäßiger als der gemeinrechtliche, denn er belastet die Kläger nicht mit einem Beweisverfahren über eine nicht widersprochene Klage, fördert die Rechtshülfe und zeigt dem Verklagten den Ernst gerichtlichen Verfahrens, ohne ihm die Vertheidigung gänzlich zu benehmen. Aber indem die preuß. Ger.-Ordn. eine Hinderungsursache und deren Bescheinigung verlangt, zeigt sie den Willen, das formelle Recht vorherrschend geltend zu machen, schließt die Fälle der Unwissenheit, der Nachlässigkeit und des Starrsinnes aus und setzt auf Versäumung der Klagebeantwortung einen unverhältnißmäßigen oft das ganze Vermögen des Verklagten treffenden und ganze Familien ins Unglück stürzenden Nachtheil, wenn eine Hinderungsursache nicht bescheinigt werden kann.

Die französische Gesetzgebung gewährt auf der einen Seite dem Kläger schleunige Rechtshülfe, indem sie, wenn der Verklagte der Ladung ungeachtet im Verhandlungstermine nicht erscheint, denselben sogleich verurtheilen läßt, soferne

die Klage rechtlich begründet und bewiesen[1]) ist: auf der anderen Seite kommt jene Gesetzgebung dem Verklagten, ohne daß dieser eines Restitutionsgesuches oder des Beweises einer Hinderungsursache bedürfte, mit dem Rechtsmittel des Einspruches (Opposition) zu Hülfe, vermöge dessen er, wenn er nur die hiezu gegebenen Fristen (wenn er einen legitimirten Sachwalter hatte, acht Tage, außerdem bis zur Vollstreckung des Urtheiles) einhält, Verhandlung und richterliche Entscheidung der Sache verlangen kann. Versäumt er diese Fristen, so wird das Kontumazialurtheil rechtskräftig: wird die Opposition als ungegründet verworfen, so hat keine weitere Opposition statt.

Das französische Gesetz ist in diesen Bestimmungen gerecht, zweckmäßig und aus dem Leben gegriffen. Die Gerechtigkeit muß gehandhabt, dem Kläger muß zu seinem Rechte geholfen und er darf nicht chikanösen Zögerungen des Verklagten preisgegeben werden. Aber nicht jeder Verklagte hat Unrecht, nicht jeder will chikaniren und seine Versäumung, sie geschehe absichtlich oder unabsichtlich, darf nicht sogleich unwiderruflich den Verlust des Rechtes zur Folge haben. Hat der Verklagte einen legitimirten Anwalt, so kann er von diesem belehrt werden und die Frist zur Opposition kann sehr wohl eine kurze sein. Hat er keinen Anwalt, so sind die verschiedensten Fälle möglich: der Verklagte, welcher keinen Anwalt hat, kann als unwissender Mensch den Ernst gerichtlicher Verhandlung und die Folgen seiner Versäumung gar nicht ahnen[2]); er kann — was ja öfters

---

[1]) — si les conclusions se trouvent justes et bien vérifiés. Code de proc. art. 150. 434.

[2]) Eine Androhung des Rechtsnachtheiles in der schriftlichen Ladung würde voraussetzen, daß nicht der Gerichtsvollzieher, sondern das Gericht die Ladung erläßt und selbst dann würden viele Verklagte die Androhung nicht verstehen, vielleicht gar nicht lesen können.

vorkommt, — im Vertrauen auf die Gerechtigkeit seiner Sache gar nicht begreifen, wie er verurtheilt werden könnte, und hält deshalb sein Erscheinen bei Gericht für überflüssig; er kann verhindert sein, im Termine zu erscheinen: erst wenn der Gerichtsvollzieher das Urtheil vollziehen will, gehen ihm die Augen auf und er verlangt richterliches Gehör, richterliche Entscheidung. Daß er im Falle abermaliger Versäumung nicht mit nochmaliger Opposition gehört wird, ist ganz gerecht, denn durch seine erste Opposition hat er gezeigt, daß ihm nun die Folgen der Versäumung bekannt sind [1]). —

Die Versäumung des Klägers, d. h. wenn dieser in der zur Verhandlung seiner Klage anberaumten Tagsfahrt vor Gericht nicht erscheint, ist von so großer Bedeutung nicht, als die des Verklagten, kann also auch so schwere Folgen nicht nach sich ziehen. Erscheint der Verklagte nicht, so würde der Kläger nicht zur Rechtshülfe gelangen, wenn nicht gegen den Verklagten strenge eingeschritten würde: erscheint aber der Kläger nicht, so hat der Verklagte keinen Nachtheil davon, daß der Kläger sich selbst die Rechtshülfe verzögert, und nur die Kosten, welche durch das Vorverfahren und durch die Aufstellung eines Anwaltes, sowie durch das Erscheinen vor Gericht dem Verklagten veranlaßt wurden, kann dieser ersetzt verlangen. Es genügt daher der richterliche Ausspruch, daß die Sache von der Liste der Verhandlungen zu streichen sei und Kläger die Kosten zu tragen habe. Dem Kläger bleibt dann neue Anmeldung von selbst vorbehalten und wenn der Verklagte von weiteren Verfolgungen oder Drohungen des Klägers sich befreien will, so steht ihm der Weg der Provokation offen. Der bedeutende Unterschied, den wir

---

[1]) Der bayer. Entw. Art. 265. 272 fg. ist den französischen Gesetzen im Wesentlichen nachgebildet. Ebenso die Hannöv. bürg. Proz.-Ordn. §. 368. 374 — beide jedoch mit anderen Fristen zur Anmeldung des Einspruches.

hier in den Kontumazialfolgen zwischen Kläger und Verklagten machen, kann nicht mit dem Grundsatze angefochten werden, daß im Prozesse die Rechte der Parteien in der Regel gleich sein sollen; denn eben darum, weil die Folgen der Versäumung ihrer Natur nach bei der Versäumung des Klägers für den Verklagten weit geringer sind, als die Folgen der Versäumung des Verklagten für den Kläger, eben darum ist die Regel der Gleichheit der Rechte der Parteien hier unanwendbar.

Im französischen Prozesse nimmt man an, daß die Klage abzuweisen sei und läßt nur aus besonderen Gründen die Aufhebung des Kontumazialurtheiles zu[1]): es ist dies aber wohl eine zu große Strenge[2]).

XV.

Dritte bei einem Rechtsstreite.

Bei einem Rechtsstreite kann das Interesse Dritter in verschiedenen Beziehungen vorkommen, und es ist zu prüfen, ob und wie weit bei dem mündlichen Verfahren und bei der

---

[1]) Code de proc. civ. art. 480. Vergl. Schlink, a. a. O. Bd. II S. 526 fg.

[2]) Der bayer. Entw. Art. 264 ist nicht ganz so strenge, indem er zwar die Klage (ohne deren Prüfung) abweisen und den Kläger in die Kosten verurtheilen läßt, dem Kläger aber eine neue Klage gestattet, sobald er dem Verklagten die Kosten erstattet hat. Eine solche Abweisung ist nur eine Form und es läßt sich kein Grund denken, warum die Klage neu gefertigt werden soll. — Richtiger will die hannöv. Proz.-O. §. 367 Entbindung des Verklagten von der Instanz, d. h. von der Ladung. Wetzell, a. a. O. S. 454 Note 9. — Am einfachsten ist: Streichung von der Anmeldungsliste und Verurtheilung des Klägers in die Kosten. Der Kläger kann dann die Sache neu anmelden.

hiedurch veranlaßten Stellung des Richters die Theilnahme Dritter an dem Rechtsstreite zu gestatten ist.

Es kann 1) ein Dritter behaupten, daß das Recht, über welches gestritten wird, keiner der Parteien, sondern ihm zustehe (Hauptintervention). 2) Der Dritte kann behaupten, daß zwar das im Streite befangene Recht ihm nicht zustehe, daß er aber an dem Siege des einen Theiles ein rechtliches Interesse habe (Nebenintervention). 3) Es kann der Richter gewahr werden, daß ein Dritter, welcher nicht mit aufgetreten ist, bei der Sache rechtlich betheiligt ist, und es entsteht die Frage, ob der Richter befugt oder verpflichtet ist, diesen Dritten von dem Streite zu benachrichtigen (Adcitation). 4) Der Verklagte kann bei Streitigkeiten, welche auf eine bestimmte Sache Bezug haben, behaupten, daß er die Sache nicht in eigenem Namen, sondern für einen Dritten besitze[1]) (Benennung des rechten Besitzers). 5) Der Verklagte kann unter der Behauptung, daß, wenn er unterliege, ein Dritter ihn schadlos halten müsse, diesen Dritten von dem Streite benachrichtigen und zur Theilnahme auffordern (Streitverkündung).

Die Hauptintervention kann als wahre Einmischung in den Streit Anderer nicht betrachtet werden: wer bemerkt und behauptet, daß Andere über ein Recht streiten, das keinem derselben, sondern nur ihm zusteht, der kann zwar dem Gerichte und den Streitenden seinen Anspruch bekannt machen, gegen ihre Ansprüche sich verwahren, auch (z. B. durch Erwirkung eines richterlichen Provisoriums, einer Beschlagnahme — bei dem Anspruche auf ein Exekutionsobjekt durch Einspruch gegen die Versteigerung) die Vereitlung seines Anspruches verhindern, aber an jenem Streite

---

[1]) Verschieden hievon ist die Behauptung, daß Verklagter die Sache gar nicht besitze — Einrede des unrechten Verklagten.

Theil nehmen — interveniren im eigentlichen Sinne — kann er nicht [1]); es würde namentlich bei der Mündlichkeit und Oeffentlichkeit sich ganz eigenthümlich ausnehmen, wenn während der Verhandlung über die Ansprüche der Parteien ein Dritter auftreten, seine Ansprüche, welche wenigstens theilweise auf anderen Thatsachen beruhen, darlegen und auch hierüber Verhandlung und Entscheidung verlangen wollte. Will der Dritte seine Rechte durch einen Richterspruch hergestellt haben, so muß er eine besondere Klage stellen und es entstehen hiebei die Fragen, vor welchem Gerichte er aufzutreten und ob der von ihm begonnene Rechtsstreit im Verhältnisse zum ersten Prozesse auf den ersteren aufschiebende Wirkung habe. Ist der Streitgegenstand von der Art, daß für beide der Gerichtsstand der gelegenen Sache oder überhaupt derselbe Gerichtsstand nothwendig eintreten muß, so entscheidet sich die erste Frage von selbst: sind aber zweierlei Gerichtsstände möglich, entweder wegen des Gegenstandes, z. B. gegen denselben Verklagten der Gerichtsstand des Vertrages und der des Wohnsitzes, oder der Gerichtsstand der Beschädigung und der des Wohnsitzes, so kann dem sogenannten Hauptintervenienten nicht zugemuthet werden, gerade dem im ersten Prozesse von dem Kläger gewählten Gerichtsstande, der ihm vielleicht zu entfernt oder sonst nicht entsprechend ist, zu folgen: ebenso kann, wenn die neue Klage nur gegen den ersten in einem anderen Gerichtsbezirke wohnenden Kläger als nunmehrigen Verklagten gerichtet ist, diesem nicht zugemuthet werden, in einem Gerichte, dem weder er, noch die Sache, von der es sich handelt, unterworfen ist, nur darum sich belangen zu lassen, weil er seine Klage vor einem anderen Gerichte an-

---

[1]) Linde, Civ.-Proz. §. 111. Martin, bürg. Proz. 13. Aufl. §. 304.

gebracht hat, vor dem er sie gegen den, welchen er verklagte, vorbringen mußte, oder doch konnte. Für die Klage des sogenannten Hauptintervenienten wird das Gericht der ersten Streitsache nicht vorzuschreiben sein[1]). — Die zweite der obigen Fragen, ob der neue Rechtsstreit, die sogenannte Hauptintervention, aufschiebende Wirkung auf den ersten Rechtsstreit habe, kann man nur richtig entscheiden, wenn man den Prozeßgang des ersten Rechtsstreites von der Vollziehung des dort ergehenden Urtheiles unterscheidet. Die Vollziehung kann gehemmt werden, wenn der Hauptintervenient Gefahr läuft und bescheinigt, daß ihm ein Recht zustehe, welches durch jene Vollziehung ganz oder zum Theile vereitelt würde. Hier kann er, wie überhaupt bei allen Ansprüchen, wie wir schon oben angedeutet, ein Provisorium, eine Beschlagnahme, einen Arrest erwirken und da dies schon im Allgemeinen begründet ist, so bedarf es hierüber keines besonderen Gesetzes. Den Prozeßgang des ersten Prozesses aber zu hemmen, ist ebenfalls kein Grund vorhanden. Ob die Parteien, wenn sie von den Ansprüchen des Dritten Kenntniß erlangen, ihren Rechtsstreit, allenfalls auf die Gefahr hin, daß am Ende ihr Streit vergeblich war und der Dritte das Objekt erhalte, fortführen wollen, das muß ihrem Ermessen überlassen bleiben: der Richter aber kann den Prozeßgang nicht suspendiren, namentlich nicht aus dem Grunde, weil es möglich sei, daß der Ausgang des zweiten Rechtsstreites den ersten gegenstandlos, den Aufwand an Zeit und Kosten hiefür vergeblich mache, denn nicht nur weiß man ja nicht voraus, wie der zweite Prozeß endigt,

---

[1]) Entgegengesetzt der bayer. Entw. Art. 61. Vergl. hannöv. PO. §. 38. 39. S. dagegen Gett in Zu-Rhein's Zeitschr. für Theorie und Praxis, Bd. III S. 245 fg. — Mündlichkeit des Verfahrens kann den bayer. Entw. hierin nicht rechtfertigen, weil beide Prozesse doch gesondert verhandelt werden müssen.

sondern man könnte durch die Suspension des ersten Prozesses die Streittheile dieses Prozesses um ihre Beweismittel bringen und eben deshalb kann man selbst für den Fall, daß die Haupteinmischung einen Präjudizialpunkt für die (sogenannte) Hauptsache bilde, und eine gleichzeitige Verhandlung unmöglich ist, die sogenannte Hauptsache nicht[1]) bis zur Entscheidung der Intervention beruhen lassen.

Die sogenannte Nebenintervention, eigentlich die wahre Intervention oder Einmischung, ist auch bei dem mündlichen Verfahren zuläßig, hat zu jeder Zeit und selbst in den höheren Instanzen noch statt, so lange nicht rechtskräftig erkannt ist, kann sich aber dem Verfahren in der Hauptsache nur in dem Stadium anschließen, wo dieses Verfahren zur Zeit der Geltendmachung der Intervention sich befindet[2]). Sowie indeß die Hauptparteien später noch neue Thatsachen vorbringen können, so kann dies auch der Intervenient.

Die Adcitation durch den Richter von Amtswegen läßt sich schon nach gemeinem deutschen Civilprozesse nicht rechtfertigen[3]), noch weniger kann sie bei dem mündlichen Verfahren stattfinden, wo der Richter in der Regel erst in derselben Sitzung, in welcher die Sache verhandelt und entschieden wird, von der allenfallsigen Betheiligung eines Dritten Kenntniß erhält. Jeder Berechtigte wird Sorge tragen, daß ihm sein Recht nicht vereitelt wird; er wird beinahe immer in Erfahrung bringen, wenn Andere dieses Recht sich anmaßen und deshalb vor Gericht streiten; die öffentliche Bekanntmachung durch Anschlag an die Amtstafel erleichtert ihm überdies die Kenntniß, daß ein Streit Dritter

---

[1]) wie jedoch der bayer. Entw. Art. 61 will.

[2]) Bayer. Entw. Art. 56. 645. Hannöv. Proz.-O. §. 36. 37.

[3]) Bayer, Vorträge, 8. Aufl. S. 142 fg.

über dieses Recht bei Gericht vorkommen wird und weder die Gerichte noch die Staatsanwälte sind dafür bestellt, für die Rechte der in einer Sache nicht aufgetretenen Personen zu sorgen. Dagegen darf aber auch die Gesetzgebung die Wirkung eines rechtskräftigen Erkenntnisses nicht auf dritte im Streite nicht aufgetretene Personen erstrecken. Selbst wenn der Staat bei einem Rechtsstreite, welchen Privatpersonen vor Gericht führen, betheiligt ist, ziemt es nicht dem Gerichte[1]), sondern ist, wenn der Staatsanwalt der Sitzung beiwohnt, dessen Sache, die betreffenden Verwaltungsbehörden von diesem Streite in Kenntniß zu setzen. Will eine Partei von ihrem Rechtsstreite einen Dritten in Kenntniß setzen, so ist das ihre Sache und sie kann die Benachrichtigung durch den Huissier (Gerichtsvollzieher) zustellen lassen: ob sie zu dieser Benachrichtigung ein Recht habe, hat weder das Gericht und noch weniger der hiezu gar nicht zuständige Huissier zu prüfen[2]). Ist die Benachrichtigung ohne Berechtigung geschehen, so schadet sie weder dem Benachrichtigten, noch einem Dritten.

Die Benennung des rechten Besitzers könnte man eine qualifizirte Einrede des unrechten Verklagten nennen, denn sie unterscheidet sich von dieser nur dadurch, daß derjenige, welcher als Besitzer einer Sache verklagt wird, nicht blos widerspricht, daß er selbst Besitzer, sondern zugleich angibt, wer der eigentliche Besitzer sei, gegen welchen also die Klage zu richten ist. Es hat diese Benennung nicht nur bei dinglichen, sondern auch bei persönlichen Klagen

---

[1]) Auch nicht dem Einzelnrichter, wie Art. 56 des bayer. Entw. will: wenn man dem Richter diese Benachrichtigung aufgibt, so ist es nur aus finanziellen Gründen zu entschuldigen.

[2]) Der bayer. Entw. Art. 56 bedingt Berechtigung der Partei. Die hannöv. Proz.-O. §. 42 erklärt Zwang gegen einen Dritten zur Theilnahme an einem Rechtsstreite für unzulässig.

statt, soferne solche gegen den Verklagten als Besitzer einer Sache gerichtet sind, namentlich bei Klagen wegen Beschädigung durch Vieh [1]), bei Klagen wegen Wildschadens [2]). Bei Kontraktsklagen kann zwar die Einrede stattfinden, daß der Verklagte im Namen eines Anderen kontrahirt habe, allein dann handelt es sich nicht von der Einrede des rechten Besitzers, selbst dann nicht, wenn der Verklagte die Sache besitzt, welche er zur Erfüllung des Vertrages herausgeben soll, sondern davon, wer der rechte Verklagte sei und den Vertrag erfüllen soll. Die Benennung des rechten Besitzers muß in allen Stadien des Prozesses bis zur rechtskräftigen Entscheidung zulässig sein bei einem Verfahren, welches, wie das neu einzuführende, das materielle Recht dem formellen vorzieht und auch in der Berufung noch neue Umstände vorbringen läßt. Es kann daher bei der rei vindicatio davon die Rede nicht sein, denjenigen, welcher nicht vor der litis contestatio die Benennung des rechten Besitzers vorgebracht hat (liti se obtulit), als rechten Besitzer anzusehen und zu verurtheilen: es kann dies um so weniger stattfinden, als bei dem neuen Verfahren die Folgen einer Litiskontestation ohnedies nicht eintreten. Eine andere Frage ist aber wegen der Kosten, welche durch Verspätung der Benennung des rechten Besitzers veranlaßt werden. Der Kläger klagt zwar auf seine Gefahr und der Verklagte ist vor Zustellung der Klage nicht schuldig, den rechten Besitzer zu benennen. Ist ihm aber die Klage zugestellt, so muß er in der ersten Antwort — bei den zum Kollegialgerichte gehörigen Sachen schon im schriftlichen Vorverfahren —

---

[1]) Wird der Besitzer wegen vernachlässigter Aufsicht belangt, so kann von Benennung des rechten Besitzers die Rede nicht sein.

[2]) Der bayer. Entw. Art. 57 beschränkt die Zulässigkeit dieser Benennung auf dingliche und diesen gleich zu achtende Klagen. Vergl. Bayer, Vorträge, S. 152; Hannöv. Proz.-O. §. 40.

den rechten Besitzer benennen, und wenn er dies erst später thut, so hat er die dadurch veranlaßten Kosten zu tragen [1]). Dem Kläger steht frei, sich gegen den Benannten zu wenden, oder den ersten Verklagten als rechten Verklagten, d. h. als rechten Besitzer zu verfolgen, wogegen letzterem freisteht, auf Beiladung desjenigen anzutragen, den er als rechten Besitzer bezeichnet. Widerspricht dieser, der rechte Besitzer zu sein, oder läßt er sich auf die Beiladung gar nicht ein, so kann der erste Verklagte durch Ueberlassung der Sache an den Kläger sich von dessen Anspruch befreien oder auch den Streit fortführen [2]).

Die Streitverkündung ist nach gemeinem Rechte nur in Eviktionsfällen nothwendig, um die Regreßansprüche gegen den Auctor wider den Einwand zu sichern, daß in dem Streite etwas versehen und dadurch der Prozeß verloren worden sei. In einem Lande, wo dergleichen in das Civilrecht einschlägige Gesetze bestehen, dürfte es nicht räthlich sein, in dem Civilprozeßgesetzbuche eine Nothwendigkeit der Streitverkündung auch bei anderen Schadloshaltungsklagen anzunehmen und dadurch in das Civilrecht einzugreifen [3]). Bei demjenigen Verfahren aber, wo zu jeder Zeit, auch in der höheren Instanz noch, neue Vertheidigungsbehelfe zulässig sind, ist es nicht erforderlich, daß die Streitverkündung schon vor oder bei der Klagbeantwortung geschehe: es genügt, wenn sie so zeitig geschieht, daß eine Vertheidigung noch möglich ist [4]). Eine gleichzeitige Verhandlung der Haupt-

---

[1]) Dies will auch der bayer. Entw. Art. 57, welcher jedoch im Abs. 1 für die Benennung keine Frist, sondern nur im Abs. 2 die Folge der Verspätung vorschreiben sollte.

[2]) Bayer. Entw. Art. 58, 59.

[3]) Der bayer. Entw. Art. 53 setzt auch in Entschädigungsfällen einen Rechtsnachtheil auf die Unterlassung oder Verspätung der Streitverkündung.

[4]) In dieser Art wird es aufzufassen sein, kann aber zu Zweifeln

sache und der Klage auf Schadloshaltung[1]) wird kaum möglich sein.

XVI.

Beweis.

Die Parteien müssen dem Richter nicht nur das thatsächliche Verhältniß, auf welches sie ihre Ansprüche und Vertheidigung gründen, vollständig und deutlich vortragen, sie müssen ihn auch von der Wahrheit ihrer Angaben, soweit diese für ihre Anträge erheblich sind, überzeugen, mithin soweit sie nicht vom Gegner zugestanden sind, den Beweis liefern. Es ist nun ganz natürlich, daß in jedem Rechtsstreite das demselben zu Grunde liegende Rechtsverhältniß unterschieden gedacht wird von dem Beweise der Thatsachen, welche dieses Rechtsverhältniß bilden, und wenn die Parteischriften nach einander zu verschiedenen Zeiten dem Gerichte eingereicht werden, so ist dieses erst dann, wenn ihm alle diese Schriften vorliegen, zu beurtheilen im Stande, welches Rechtsverhältniß in Frage ist und welche von den Thatsachen, auf denen dieses Rechtsverhältniß beruht, unstreitig oder schon bewiesen vorliegen, welche derselben hingegen noch des Beweises bedürfen. Hierauf beruht im deutschen gemeinen Prozesse die Eintheilung des Verfahrens erster Instanz in das erste Verfahren (auch Konstitutivverfahren genannt) und in das Beweisverfahren. Wenn nun, wie nach dem in Deutschland besonders durch die Reichsgesetze ausgebildeten gemeinen Civilprozesse, auch die Eventualmaxime herrschend ist, so daß nach Einreichung der Prozeßschriften neues Vorbringen

---

Anlaß geben, wenn der bayer. Entw. Art. 53 rechtzeitige Streitverkündung verlangt.

[1]) Wie der bayer. Entw. Art. 55 will. Vergl. hannöv. PO. §. 41.

nur im Wege der Restitution möglich ist, so erscheint es ganz folgerichtig, daß der Ausspruch des Richters, was und von wem es zu beweisen ist, sowohl den Richter als die Parteien bindet und nicht nur der Sieg von Herstellung des auferlegten Beweises abhängt, sondern auch der Beweis eines neu vorgebrachten Thatumstandes, selbst wenn dessen Erheblichkeit in dieser Sache offen vorliegt, unzulässig ist (Rechtskraft der Beweisinterlokute). Die Erfahrung lehrt, daß, wenn auch die Beweis-Interlokute im Vergleiche mit den Parteivorträgen ganz richtig abgefaßt sind, doch nicht selten im Beweisverfahren erst sich ergibt, daß das thatsächliche Verhältniß, welches dem Rechtsstreite zu Grunde liegt und aus dem Beweise klar wird, verschieden ist von dem, wie es im Beweis-Interlokut aufgefaßt und als Beweisthema festgesetzt ist. Nicht oft liegt die Unrichtigkeit des Beweissatzes in einer Schuld des Richters; gewöhnlich ist fehlerhafte Information des Anwaltes oder fehlerhafte Darstellung in den Parteischriften daran schuld. Allein der auferlegte Beweis ist mißlungen, der Beweisführer unterliegt ungeachtet der Gerechtigkeit seiner Sache und man tröstet ihn mit dem traurigen Rechtssatze: res judicata facit ex albo nigrum et ex nigro album. Höchstens entbindet die Praxis bei solchem Mißlingen des klägerischen Beweises den Verklagten von der Klage nur in der Art, wie sie angebracht ist und die Parteien wie der Richter haben nun die Aussicht, daß dieselbe Sache nochmals die Prozeßstadien durchläuft und nochmals entschieden werden muß.

Bei einem Verfahren, wie das französische, wo die Parteien vor dem versammelten Gerichte zugleich gegenwärtig sind, mündlich verhandeln, die Sache vollständig erörtern und vom Richter durch Fragen zur genauen Aufklärung gebracht werden können, wäre eine Abtheilung des ersten Verfahrens und des Beweisverfahrens eine zweckwidrige Weitläufigkeit: jede Partei muß ihre Beweismittel sogleich an-

geben und soweit es in ihrer Macht steht, sogleich vorlegen; der Gegner muß sich darüber sogleich erklären, und nur, wenn dann noch erhebliche Thatumstände streitig sind, bestimmt der Richter, daß und von wem diese Umstände zu beweisen sind [1]). Da bei diesem Verfahren nicht bloß formelles, sondern materielles Recht bezweckt wird und noch später, ja noch in den höheren Instanzen (versteht sich unter Maßregeln gegen Mißbrauch zur Verzögerung oder zur Chikane) neue Thatumstände vorgebracht werden können, so wäre es ein Widerspruch, wenn der Beweisauflage des Richters eine Rechtskraft beigelegt würde [2]): zeigt sich durch das Beweisverfahren, daß das thatsächliche Verhältniß ein anderes ist, als bei dem Dekrete auf Beweis angenommen wurde, so muß das Gericht seinem Urtheile das berichtigte Thatverhältniß zu Grunde legen, nachdem es die Parteien darüber gehört hat.

Durch den Beweis soll der Richter von der Wahrheit eines Thatumstandes überzeugt werden: blose Wahrscheinlichkeit genügt nicht. Doch: was ist Wahrheit? was ist Ueberzeugung von der Wahrheit? Man hat bisher im Civilprozesse und im Strafprozesse den Richtern Regeln vorgeschrieben, wann sie einen Beweis für vollständig, wann für unvollständig erachten sollen, und man ist dabei so weit gekommen, einen halben, einen mehr als halben und einen weniger als halben Beweis anzunehmen. Allein die Erfahrung

---

1) Der bayer. Entw. Art. 279, 280 will, daß vorerst die Parteien ihre Beweissätze aufstellen und dann das Gericht solche prüft. — Es dürfte dies zu umständlich sein.

2) Die hannöv. Proz.-O. §. 218 bindet das Gericht an das Beweis-Interlokut, läßt jedoch eine erst nach dem Endurtheile in Wirkung tretende Berufung (§. 394) zu. — Diese Bestimmung kann zu nachträglicher Beweisaufnahme und damit zur Verzögerung der Sache führen.

hat gelehrt, daß alle diese Regeln unzuverlässige Künsteleien sind und welcher Richter muß sich nicht sagen, daß er oft im Civilprozesse nur vermöge der gesetzlichen Beweisregeln den Beweis nicht ganz vollständig annahm und auf den Erfüllungseid erkannte, während er bereits vollständig überzeugt war und sich zu schwören getraut hätte, daß der Beweis vollständig geführt sei; oder daß er durch die gesetzlichen Beweisregeln gezwungen war, eine geringe Wahrscheinlichkeit anzunehmen und auf den Reinigungseid zu erkennen (z. B. wegen der unbestimmten Aussage eines vielleicht noch überdies verdächtigen Zeugen), während ihm bereits klar war, daß die zu beweisende Thatsache nie bestanden hatte; oder daß er im Strafprozesse den Angeschuldigten für vollständig überführt erachtete, aber gebunden an gesetzliche Beweisregeln den Schuldausspruch nicht erlassen durfte

Beinahe herrschend ist man nun der Ansicht, daß dem Richter allgemeine positive Beweisregeln nicht gegeben werden sollen, weil das Gewicht und das Zusammentreffen der Beweismittel von so unendlicher Mannigfaltigkeit sein kann, daß eine Klassifikation der möglichen Kombinationen als eine Unmöglichkeit erscheint. Der Versuch, ein Minimum von Beweis (im Strafprozesse) vorzuschreiben, zeigt sich eben so ungenügend, als der Versuch, Regeln aufzustellen, von denen der Richter bei entgegengesetzter Ueberzeugung abgehen kann. Die Besorgniß, daß durch Entbindung von allgemeinen Beweisregeln Oberflächlichkeit und Willkühr begünstigt werden könnten, hat sich bereits bei dem neuen Strafverfahren in Deutschland als unbegründet dargestellt. Jeder mit Urtheilskraft begabte Mensch verfährt, wenn er nicht zur Klasse der leichtsinnigen Menschen gehört, bei der Frage, ob er etwas für wahr, für nur wahrscheinlich, oder für unwahrscheinlich oder unwahr halte, mit Vorsicht und auf den Grund der vom Schöpfer in ihn gelegten natürlichen Logik, welche, ohne daß er der Schulregeln sich be-

wußt zu sein braucht, ihre Kraft übt und im täglichen Leben allenthalben zu erkennen ist. Zum Richteramte aber gelangen gewiß nur Männer mit geistiger und moralischer Kraft. Wenn schon die Geschworenen, von denen die wenigsten wissenschaftliche Ausbildung genossen haben, hierüber so glänzenden Beweis liefern, so kann man gewiß auch den rechtsgelehrten Richtern, welche für ihren Beruf sich ausgebildet und diesen zur Aufgabe ihres Lebens gemacht haben, die Prüfung der Beweise anvertrauen, ohne sie durch Beweisregeln einzuengen. Ja selbst bei den bisherigen Beweisregeln wird sich jeder denkende Richter gestehen, daß er bei der Frage, ob und welcher Grad von Beweis geliefert sei, stets den sogenannten Totaleindruck zu Rathe zieht und diesen mit dem Resultate der Prüfung nach Beweisregeln vergleicht: dieser Totaleindruck aber ist nichts Anderes, als das Resultat einer im Inneren des Geistes auf den Grund der angeborenen Logik vorgegangenen Thätigkeit.

Daß das Gesetz bei einzelnen Beweismitteln, z. B. öffentlichen Urkunden, volle Beweiskraft aussprechen kann, ohne hierüber einen richterlichen Ausspruch zu bedingen, das rechtfertigt allgemeine Beweisregeln nicht: aber selbst die Frage, ob in solchen Fällen das Gesetz anwendbar, z. B. ob die Urkunde eine öffentliche und ob sie fehlerfrei sei, unterliegt der richterlichen Prüfung, welche hiebei wieder nicht an Beweisregeln gebunden sein darf.

XVII.

Beweismittel.

So wie der Staat die Pflicht hat, in seinem Gebiete das Recht zu schützen und zu diesem Zwecke Streitigkeiten über Privatrechte durch seine Gerichte entscheiden zu lassen, so hat er auch die Pflicht, in jedem Civilprozesse den Parteien diejenigen Beweismittel zu gestatten, durch welche dieselben

im Stande sind, den Richter von der Wahrheit derjenigen Thatsachen zu überzeugen, auf welche dieselben ihre Ansprüche und ihre Vertheidigung gründen, vorausgesetzt, daß diese Beweismittel nicht selbst widerrechtlich sind. Jede Beschränkung in diesem Rechte, jeder Ausschluß von an sich erlaubten Beweismitteln ist eine Verkürzung der Rechte der Parteien, eine Verkümmerung der Rechtspflege, eine Versündigung am Rechte. Da indessen der Richter von der Wahrheit bestrittener und erheblicher Thatsachen überzeugt werden soll, so müssen die Beweismittel auch geeignet sein, auf diese Ueberzeugung einzuwirken, d. h. sie dürfen nicht völlig unglaubwürdig sein, ohne daß jedoch ein gewisser Grad der Glaubwürdigkeit erforderlich wäre, um eine gesetzliche Zulässigkeit der Beweismittel zu begründen, da ja auch ein aus mehreren unvollständigen Beweismitteln zusammengesetzter Beweis möglich sein muß und insbesondere eine Gesetzgebung, welche dem Richter allgemein bindende Beweisregeln nicht vorschreibt, mit sich selbst im Widerspruche wäre, wenn sie ihm die Berücksichtigung der nur einigermaßen glaubwürdigen Beweismittel entziehen wollte.

Die französische Gesetzgebung hat die Bestimmungen über Beweismittel, deren Zulässigkeit und Wirkung, soweit von dem Beweise persönlicher Verbindlichkeiten die Rede ist, in das Civilgesetzbuch aufgenommen: es ist dieses nicht zu billigen, weil im Civilgesetzbuche nur von Rechten und Verbindlichkeiten zu handeln ist und die Frage, wie die Rechte vor Gericht verfolgt, mithin auch, wie sie dort bewiesen werden können, in den Civilprozeß gehört[1]): nur wenn eine Gesetzgebung sich berechtigt glaubt, die Entstehung **einzelner** Rechte von einer bestimmten Form abhängig zu machen, oder das Bestehen **einzelner** Rechte

---

[1]) Der bayer. Entw. Art. 302 fg. nimmt ganz richtig die einzelnen Beweismittel in das Civilprozeßgesetz auf.

nur durch gewisse Beweismittel darthun zu lassen, nur dann sind die Bestimmungen hierüber im Civilgesetzbuche bei diesen einzelnen Materien aufzunehmen, weil das Civilprozeßgesetzbuch einzelne Civilrechtsverhältnisse nicht zum Gegenstande hat.

1. Geständniß.

Beginnen wir nun mit dem Geständnisse, so wird dasselbe vollständigen Beweis liefern, wenn es vor Gericht von einer Partei, welche über das Ihrige zu verfügen befugt ist, den gegnerischen Behauptungen gegenüber deutlich und in der Absicht zu gestehen, abgelegt ist. Ob dieses der Fall, muß der richterlichen Beurtheilung überlassen werden. Durch das Geständniß soll nicht, wie durch einen Vertrag, ein Recht erst geschaffen werden, sondern es enthält die Anerkennung eines schon bestehenden Rechtes des Anderen, bedarf also nicht, wie die Promission beim Vertrage, einer Acceptation[1]). Die Untheilbarkeit des Geständnisses[2]) muß nur insoferne festgehalten werden, daß dem Richter überlassen bleibt, unerhebliche Limitationen nicht zu berücksichtigen[3]). Außergerichtliches Geständniß und gerichtliches Geständniß, welches in einer anderen Sache gelegentlich vorkam, unterliegt hinsichtlich seiner Gültigkeit und des Grades seiner Beweiskraft dem Urtheile des an allgemeine Beweisregeln nicht gebundenen Richters[4]).

2. Augenschein.

Wenn der Richter von der Wahrheit eines erheblichen Thatumstandes durch eigene sinnliche Wahrnehmung sich

---

[1]) Ebenso bayer. Entw. Art. 302.

[2]) Bayer. Entw. Art. 305.

[3]) Vgl. Planck a. a. O. S. 25 f.

[4]) Bayer. Entw. Art. 308.

überzeugen kann, ohne hiezu besonderer zu seinem Berufe nicht gehöriger Kenntnisse zu bedürfen[1]), so kann er diese Ueberzeugung sich dadurch verschaffen, daß er den Gegenstand sich vorlegen läßt oder wo dies nicht thunlich, an Ort und Stelle sich begibt[2]) oder, wenn hiegegen Hindernisse vorhanden (namentlich wenn der Gegenstand zu entfernt vom Gerichte ist) einen Gerichtskommissär abordnet und wenn der Gegenstand außer dem Gerichtsbezirke sich befindet, das Gericht des Ortes um die Vornahme des Augenscheines ersucht.

3. Sachverständige.

Sind zur Ermittelung eines Thatumstandes oder zur Beurtheilung der Eigenschaften eines Gegenstandes besondere nicht zum Richterberufe erforderliche Kenntnisse erforderlich, so darf der Richter, selbst wenn er auch diese besonderen Kenntnisse besitzt, dennoch diese nicht anwenden, schon deshalb nicht, weil er sich selbst das Zeugniß, diese Kenntnisse zu besitzen, nicht geben kann; bei Kollegien noch besonders um deswillen nicht, weil, wenn nicht alle Mitglieder diese Kenntnisse besitzen, dem einen Theile nicht zugemuthet werden kann, den Ausspruch des anderen Theiles für untrüglich zu achten: wenn aber alle Mitglieder diese Kenntnisse besäßen, es doch nicht angehen könnte, daß das Kollegium als technisches Kollegium votirt und beschließt und dann als juristisches Kollegium den Rechtsspruch auf sein eigenes technisches Gutachten gründet. Es müssen, wenn solche Kenntnisse erforderlich, die Gutachten von Sachverständigen

[1]) Der bayer. Entw. Art. 309 f. dürfte dies deutlicher ausdrücken.

[2]) Besteht das Gericht aus einem Kollegium, so kann es Fälle geben, wo das ganze Kollegium sich an Ort und Stelle zu begeben keine Beschwerde findet. Bomhard, die Civilrechtspflege in der bayer. Pfalz. München 1861 S. 39, 40.

(oder Kunstverständigen) eingeholt werden: ob den Sachverständigen der Gegenstand vor Gericht oder da, wo er sich befindet, vorzuzeigen und ob sie ihn erst einer Prüfung zu unterwerfen, hängt von den Umständen ab.

Sind die Sachverständigen unter sich verschiedener Ansicht oder findet das Gericht das Gutachten derselben für nicht genügend oder für nicht überzeugend[1]), so muß ihm erlaubt sein, noch mehr Sachverständige oder Sachverständige höherer Ordnung zu vernehmen: es kann ihm aber, wo allgemeine gesetzliche Beweisregeln ihn nicht binden, nicht verwehrt sein, wenn er weitere Gutachten überflüssig oder (z. B. wenn der Gegenstand inzwischen eine erhebliche Veränderung erlitten hat) für unmöglich hält, seine von den Gutachten ganz oder theilweise verschiedene Ueberzeugung seinem Richterspruche zu Grunde zu legen. Die Ansicht, als ob der Richter die Gutachten der Sachverständigen — besonders jene der höheren oder höchsten Ordnung — seinem Urtheilsspruche zu Grunde legen müsse, läßt sich selbst als Beweisregel nicht rechtfertigen. Der Richter muß das streitige Sachverhältniß nach seinem ganzen Umfange würdigen: der Sachverständige beurtheilt nur von dem Standpunkte und darf nur von dem Standpunkte aus beurtheilen, welcher seinem speziellen Fache angehört. Es wäre freilich Widerspruch, einestheils dem Richter die Zuziehung von Sachverständigen zuzumuthen, weil er die speziellen Fachkenntnisse nicht besitzt oder doch nicht anwenden darf, anderentheils aber ihm zu erlauben, die Gutachten der Sachverständigen nicht zu berücksichtigen, weil er sie aus Gründen der Wissenschaft jenes Faches nicht richtig oder nicht genügend erachtet. Wenn aber die Gutachten von der Art sind, daß es keiner besonderen Fach-

---

[1]) Daß auch in Civilprozessen die sonderbarsten Gutachten vorkommen, weiß jeder erfahrene Praktiker. Ein Beispiel s. Archiv für Krim.-Recht, Jahrg. 1855 S. 511.

kenntniß bedarf, um die Unrichtigkeit des Gutachtens einzusehen, dann wird der Richter, ohne in das Technische der Begründung einzugehen, das Resultat des Gutachtens nicht anerkennen. Am offenbarsten ist dieses gerechtfertigt, wenn verschiedene Gutachten einander entgegenstehen oder mit dem Gutachten andere Beweismittel kollidiren. Wenn Jemand widerrechtlich die Bäume des Anderen umhaut und Forstmänner forstwissenschaftlich darlegen, daß dadurch kein Schade geschehe, andere Forstmänner ebenfalls forstwissenschaftlich begründen, daß durch die That ein Schade entstanden, so wird der Richter, ohne sich auf forstwissenschaftliche Gründe einzulassen, das Gutachten für richtig annehmen, welches einen Schaden als Folge der That annimmt. Wenn Jemand auf Kurkosten und Entschädigung klagt, weil der Andere ihm den Arm abgeschlagen hatte und Arzt und Wundarzt eidlich bezeugen, daß der Arm entzwei geschlagen war und sie solchen geheilt haben, zugleich aber vollständig bewiesen ist, daß der Kläger gleich am Tage nach der That und die folgenden Tage mit dem angeblich abgeschlagenen Arme schwere Feldarbeit verrichtete, so wird der Richter nicht aus Gründen der chirurgischen und medizinischen Wissenschaft, sondern aus Gründen der Vernunft und Erfahrung die Klage für unbegründet erklären [1]).

4. Urkunden.

Hinsichtlich des Beweises durch Urkunden herrscht kein wesentlicher Unterschied zwischen den deutschen und den französischen Prozeßgrundsätzen. Bei allen Urkunden kommt

---

[1]) Der bayer. Entw. Art. 321 bindet den Richter nicht an die Gutachten der Sachverständigen, läßt ihn aber — was bedenklich — die Gründe der Gutachten nach dem Grade der darin bekundeten Kunst- und Sachkenntnisse würdigen. — Die hannöv. Civ.-Proz.-Ordn. hat einige Beweisregeln Art. 278.

es auf Aechtheit, Glaubwürdigkeit, Gültigkeit und Inhalt an.

Bei öffentlichen Urkunden werden Aechtheit und Glaubwürdigkeit an der Form erkannt, müssen aber gerade darüber vom Richter geprüft werden, ob sie diese beglaubigende Form haben. Die Gültigkeit hängt davon ab, ob die Person oder die Behörde, welche die Urkunde ausstellte, hiezu auch ermächtigt war. Wer vom Staate nicht ermächtigt ist, Handlungen der sogenannten freiwilligen Gerichtsbarkeit vorzunehmen und zu beurkunden (z. B. eine Polizeibehörde), der kann auch keine gültige öffentliche Urkunde hierüber ausstellen, obgleich er über Gegenstände seines amtlichen Wirkungskreises gültige öffentliche Urkunden auszustellen berechtigt ist (z. B. die Polizei ein Polizeiattest, das Prozeßgericht beglaubigte Abschrift einer bei ihm in einer Streitsache zu den Akten erklärten Vollmacht oder eines bei ihm geschlossenen Vergleiches). Wenn die Aufnahme eines öffentlichen Testamentes nur von einem Richter oder Notar, nicht aber von einem in den Vorbereitungsstufen stehenden Rechtskandidaten geschehen kann, so fehlt es einem vom letzteren aufgenommenen Testamente an der Gültigkeit als öffentlichem Testamente. Ob einer Urkunde, welcher es an der Gültigkeit als öffentlicher Urkunde fehlt, doch die Gültigkeit einer Privaturkunde zukomme, das hängt davon ab, ob sie die Eigenschaft der letzteren habe: erscheint sie als Privaturkunde ächt und glaubwürdig, so kann sie als solche beweisende Kraft haben [1]). Ist aber eine öffentliche Urkunde ächt, glaubwürdig und gültig, so legen ihr die Gesetze, ohne daß es der Anerkennung des Gegners bedürfte, mit Recht volle Beweiskraft bei [2]), stellen also hier eine gesetzliche Beweisregel auf, und es kommt nur noch auf den Inhalt der

---

[1]) Vgl. bayer. Entw. Art. 322 Abs. 2.

[2]) Bayer. Entw. Art. 322. Hannöv. Pr.=O. §. 328.

Urkunde an. Dieser Inhalt muß erheblich für den zu liefernden Beweissatz sein und in dieser Beziehung können allerdings den Richter keine allgemeinen Beweisregeln binden[1]). Vor Allem kommt es, wenn der Inhalt etwas zweifelhaft ist, auf die Auslegung an und wenn unter mehreren Urkunden ein Widerspruch ist oder Urkunden mit anderen Beweismitteln kollidiren, ist der Richter, ohne durch Beweisregeln beschränkt zu sein, zur Prüfung und Vergleichung der verschiedenen Beweismittel verpflichtet, um zu entscheiden, wofür der Beweis geliefert ist oder nicht.

Bei Privaturkunden wird der Beweis der Aechtheit durch Anerkennung des Gegners und, wenn diese nicht erfolgt, durch andere Beweismittel hergestellt: ihre Gültigkeit hängt von der Berechtigung des Ausstellers zur Ausstellung ab: ihre Glaubwürdigkeit ist als Beweismittel nur gegen den Aussteller wirksam; gegen einen Dritten können sie nur als unbeschworene Zeugnisse in Betracht kommen. Der Inhalt muß erheblich sein und unterliegt den allgemeinen Interpretationsregeln. Die Entbindung der Richter von allgemeinen Beweisregeln äußert ihre Wirkung, auch wenn vom Beweise der Aechtheit der Privaturkunden durch andere Beweismittel als Anerkennung und Eid die Rede ist, so wie im Falle der Ergänzung des Urkundenbeweises durch andere Proben, ferner im Falle der Kollision des Urkundenbeweises mit anderen Beweismitteln.

Das französische Recht (Code civ. art. 1326, 1327) verordnet, daß, wenn eine über eine Verpflichtung ausgestellte Privaturkunde nicht ganz von der Hand des Ausstellers geschrieben ist, dieser wenigstens seiner Unterschrift noch mit eigener Hand die Summe oder die Quantität des Gegenstandes beisetzen soll, und wenn diese Summe von der in der Urkunde ausgedrückten verschieden, die Vermuth-

---

[1]) Endemann, im Arch. f. civ. Praxis, Bd. XLIII S. 1 f.

ung bis zur Lieferung des Gegenbeweises für die geringere Summe gelte. Hinsichtlich der Handelsleute, Handwerker, Bauern, Weinbauern, Taglöhner und Dienstboten soll diese Bestimmung nicht anwendbar sein[1]). Ob in Frankreich die Erfahrung zu solchen Vorschriften veranlaßt hat, wissen wir nicht: die Kommentatoren sagen, daß die Leute oft unterschreiben, ohne vorher zu lesen und daß man dem Mißbrauche des Vertrauens entgegenwirken wollte. In Deutschland fühlen wir das Bedürfniß nicht, daß eine Schuldurkunde, welche der Aussteller nicht selbst geschrieben, wohl aber eigenhändig unterschrieben (nicht blos mit einem Handzeichen, z. B. Kreuzen unterzeichnet) hat, bei der Unterschrift noch die eigenhändige Beisetzung der Summe durch den Aussteller enthalte: nicht blos der Gebildete, so wie der Bürger, der Handwerker, sondern auch der Bauer weiß, daß, wenn er eine Urkunde unterschreibt, er sich zu dem Inhalte bekennt und er unterschreibt nicht, ohne zuvor mit dem Inhalte bekannt zu sein. In der gerichtlichen Praxis kommen dergleichen Urkunden häufig vor und beinahe gar nicht wird eingewendet, daß die Urkunde eine höhere Summe ausdrücke, als durch die Unterschrift habe einbekannt werden wollen. Es ist daher nicht nur kein Bedürfniß vorhanden, jene französische Bestimmung auf Deutschland zu übertragen[2]), sondern es ist auch von einer solchen Uebertragung abzurathen. Der Deutsche ist nun einmal nicht gewöhnt, seiner Unterschrift einer Urkunde noch die Summe beizusetzen, welche schon in der Urkunde ausgedrückt ist: würde

---

[1]) Der bayer. Entw. Art. 330 hat diese französische Bestimmung aufgenommen und insofern erweitert, daß die Ausnahme nur auf Wechsel und für Handelsleute sich erstrecken soll.

[2]) Die hannöv. Civ.-Proz.-Ordn. (§. 329) hat gewiß mit Recht diese Eigenheit des französischen Rechtes nicht aufgenommen. S. auch Planck a. a. O. S. 39.

ein solches Gesetz gegeben, so würde die allgemeine Promulgation nicht hinreichen; es wäre nothwendig, jeden Familienvater hievon zu unterrichten, wenn man nicht den Mißstand veranlassen wollte, daß Tausende von Urkunden, auf welche deren Inhaber volles Vertrauen setzten, keinen vollständigen Beweis lieferten. Ein solches Gesetz wäre keine Wohlthat, sondern würde Mißstimmung erregen und sogar wenn man jedem Familienvater das Gesetz bekannt machen würde, wäre nur eine allgemeine Klage über Belästigung zu erwarten[1]). Wenn man behaupten wollte, daß man in Frankreich und auf dem linken Rheinufer sich daran gewöhnt habe und auch diesseits des Rheines sich daran gewöhnen werde, so erwidern wir: ein Gesetz, welches belästigt und nur durch die Macht der Gewohnheit erträglich werden kann, ist kein gutes Gesetz. Wenn man sagt, daß das Gesetz nur Sicherheit des Ausstellers der Urkunde bezwecke, so geben wir zu bedenken, daß, wer über das Seinige zu verfügen im Stande ist, schon selbst für sein Wohl sorgen wird und daß jede Gesetzgebung auf einem Irrwege ist, welche den Privatverkehr bevormunden will.

Wenn nun aber Jemand seiner Unterschrift einer von anderer Hand geschriebenen Urkunde eine andere Summe oder Quantität beisetzt, als der Inhalt der Urkunde ausdrückt, so wird sich eine Vermuthung für die geringere Summe nicht rechtfertigen lassen[2]). Ist die geringere

---

[1]) Die Erfahrung in Bayern hat gelehrt, daß man dem Leben durch Gesetze keine Institute aufdringen kann. Man hat Gesetze gegeben über bäuerliche Erbgüter, über kaufmännische Anweisungen, über exekutorische Urkunden; aber es gibt keine solchen Erbgüter, wenig kaufmännische Anweisungen und exekutorische Urkunden.

[2]) Indessen hat der bayer. Entw. Art. 330 Abs. 2 diese Vermuthung aufgenommen. — Die hannöv. Civ.-Proz.-Ordn. (§. 329) hat sie nicht.

Summe der Namensunterschrift beigesetzt, so ist die von anderer Hand in die Urkunde selbst gesetzte größere Summe von dem Aussteller durch Unterschrift nicht anerkannt, es enthält vielmehr der Beisatz der geringeren Summe eine deutliche Protestation, eine Gewißheit der geringeren Summe, und wo ein Zweifel nicht veranlaßt, sondern Gewißheit vorhanden ist, da bedarf es keiner Vermuthung. — Ist der Namensunterschrift eine größere Summe beigesetzt, als der Inhalt der Urkunde ausdrückt, so kommt es darauf an, ob dieser Beisatz deutlich sagt, daß die größere Summe anerkannt werden wollte, und dann ist wieder Gewißheit vorhanden und es bedarf keiner Vermuthung. Wenn z. B. die von anderer Hand geschriebene Urkunde über ein Darlehen oder eine Zahlung von fünftausend Gulden lautet und der Unterzeichner setzt seiner Unterschrift bei: Ich bekenne, daß ich sechstausend Gulden erhalten habe, so muß man als gewiß annehmen, daß dieser Beisatz nur gemacht wurde, um den Inhalt der Urkunde zu berichtigen: die Vermuthung für die geringere Summe hätte keinen Grund. Nur wenn der Unterschrift die größere Summe ohne alle Bemerkung oder sonst auf eine Weise beigesetzt wäre, daß es nicht klar ist, ob damit eine Berichtigung des Inhaltes der Urkunde bezweckt war, nur dann bliebe ein Zweifel: es wäre durch die Unterschrift nur gewiß, daß die in der Urkunde ausgedrückte geringere Summe anerkannt werden wollte; der Zweck des Beisatzes der größeren Summe läge nicht klar vor: daraus aber könnte doch eher eine Vermuthung abgeleitet werden, daß der Aussteller eine größere Summe anerkennen wollte und nicht, weil die Vermuthung für die gewisse geringere Summe streitet, sondern weil die größere Summe durch den nicht deutlichen Beisatz nicht als die richtige feststeht, muß nur die gewisse geringere Summe als die richtige angenommen werden, wenn nicht für die größere Summe besserer Beweis geliefert wird.

So wie Verträge nur unter den Kontrahenten Rechte und Verbindlichkeiten erzeugen, so können auch Privaturkunden nur gegen den Aussteller volle Beweiskraft haben, nicht aber gegen Dritte[1]). Es kommt indessen öfters vor, daß gegen einen Dritten ein Rechtsverhältniß angegeben wird, an welchem er sich nicht betheiligt hat und welches dennoch gegen ihn wirken soll, weil das Recht, welches er anspricht, zur Zeit der Entstehung desselben vermöge Vertrages und schriftlicher Urkunde schon nicht mehr auf ihn übergehen konnte. Wenn z. B. Jemand eine Sache kauft und tradirt verlangt, und es erscheint ein Dritter mit schriftlicher Privatvertragsurkunde, vermöge deren dieser denselben Gegenstand schon früher gekauft hatte. Oder wenn einem Schuldner wegen rechtskräftig gegen ihn erstrittener Forderung seine Mobilien abgepfändet werden sollen, intervenirt ein Dritter und legt eine Privaturkunde vor, nach welcher ihm diese Mobilien schon früher vom Schuldner verkauft und nur miethweise behalten worden. Nicht selten sind solche Verträge nur vorgespiegelt: der Verkäufer hat einen besseren Käufer gefunden, und stellt diesem eine Verkaufsurkunde mit früherem Datum aus; der Schuldner will seinem Gläubiger das Exekutionsobjekt entziehen und schließt unter früherem Datum einen Scheinvertrag, vermöge dessen er nicht mehr Eigenthümer war, als die Exekution beantragt wurde, während doch der Kaufvertrag später geschlossen wurde. Nach den in Deutschland herrschenden Grundsätzen des Civilprozesses bedarf es der gesetzlichen Bestimmung nicht, daß das frühere Datum des Vertrages gegen einen Dritten nicht beweise, ja selbst das Zeugniß derjenigen, welche den Vertrag geschlossen zu haben angeben, ist unzu-

[1]) Dieser Grundsatz ist auch im französ. Recht ausgesprochen. Code civ. art. 1165. — Vergl. über diese Frage Planck a. a. O. S. 39.

lässig und ungültig, weil diese Personen unmittelbar bei der Sache betheiligt sind, also nicht Zeugen gegen den Dritten sein, noch ein schriftliches Zeugniß — und dies wäre die Privaturkunde über den Vertrag — gegen den Dritten ausstellen können[1]). Wenn nämlich der Kläger die Uebergabe einer Sache auf den Grund eines Kaufvertrages verlangt und der verklagte Verkäufer exzipirt, daß er die Sache schon zuvor einem Anderen verkauft hatte, vielleicht auch dieser prinzipaliter dahin intervenirt, daß die Sache ihm als früherem Käufer übergeben werden müsse, so ist dieser ebenso wie der Verkäufer unmittelbar bei der Sache betheiligt, und sie würden Zeugen in eigener Sache sein, wenn sie diesen früheren Vertrag als wirklich von ihnen abgeschlossen und früher abgeschlossen bezeugen wollten. — Wenn ein Gläubiger gegen seinen Schuldner die Auspfändung erwirkt hat und nun Jemand als Prinzipalintervenient mit der Behauptung auftritt, daß er die abgepfändeten Gegenstände schon früher gekauft und dem Schuldner nur miethweise gelassen habe, so ist der Prinzipalintervenient ebenso wie der Schuldner unmittelbar bei der Sache betheiligt, denn ersterer beansprucht die Gegenstände als Eigenthum, der andere will sie (wenn nicht gar ein Scheinvertrag zu Grunde liegt) wenigstens miethweise behalten: beide sind demnach ganz untüchtige Zeugen gegen den Gläubiger und ihre über den Kauf errichtete Privaturkunde kann nicht einmal als unbeschworenes außergerichtliches Zeugniß in Erwägung gezogen werden.

Die französische Gesetzgebung hat (materiell ganz richtig) festgesetzt, daß Privaturkunden wider dritte Personen kein gewisses Datum haben, als von dem Tage an,

---

[1]) Ist über solchen Vertrag eine öffentliche Urkunde errichtet, so kann das sichere Datum nicht in Zweifel gezogen, wohl aber die Einrede des Scheinvertrages gemacht werden.

a) wo der Unterzeichner oder einer von denen, die den Vertrag mit unterzeichnet haben, gestorben ist, oder b) wo der wesentliche Inhalt der Urkunde in einer öffentlichen Urkunde aufgenommen ist (Code civ. art. 1328). Der Pariser Kassationshof hat das gewisse Datum auch von dem Tage an für vorhanden erklärt, wo einer der unterschriebenen Zeugen gestorben ist und man neigt sich auch dahin, das sichere Datum von dem Tage anzunehmen, wo einer der Unterzeichner beide Arme verloren hat, weil eine Urkunde von früherem Tage, welche seine Unterschrift hat, nicht nach jenem Unglücksfalle von ihm errichtet, also insoferne nicht antedatirt sein kann. — Es ist eigenthümlich, daß eine Gesetzgebung, welche, wie die französische, allgemeine Beweisregeln nicht aufstellt, sich damit abgibt, für eine Frage spezielle Beweisregeln zu geben [1]), wo schon die Natur der Sache lehrt, daß die ganze Urkunde gegen einen Dritten nicht beweisen kann, also die Frage vom gewissen Datum eben so unerheblich wie die Urkunde selbst ist. Wohl mag ein finanzieller Grund zu dem Gesetze beigetragen haben [2]) und es läßt sich sehr wohl denken, daß viele Franzosen das erwähnte Gesetz als legislative Weisheit preisen, da man ja dort so weit geht, zu behaupten, die französische Gesetzgebung habe alle Probleme der menschlichen Vernunft gelöst [3]).

---

[1]) Der bayer. Entw. Art. 326, 327 nimmt die französische Bestimmung größtentheils auf.

[2]) Die Notare in Frankreich erhalten mit Recht vom Staate keine Besoldung. Demungeachtet erhebt die Regierung von den Notariatsurkunden bedeutende Taxen (Enregistrement), welche bis auf 5 pCt. des Werthes steigen und eine indirekte Steuer bilden, welche den Verkehr belästigt und die Wohlthat des Notariats ziemlich neutralisirt.

[3]) Rede des Generalprokurators von Bourges. Gerichtssaal, 1854 Bd. I S. 309.

Wir Deutsche bedürfen auch bei Aufhebung allgemeiner Beweisregeln ein solches Gesetz nicht [1]; unsere Richter werden wie früher so auch künftig den Grundsatz festhalten: res inter alios acta tertio nec prodest, nec nocet und wenn auch eine Privaturkunde von mehreren Zeugen mit unterschrieben ist, so können doch alle diese Unterschriften nur als schriftliches unbeschworenes außergerichtliches Zeugniß wirken [2]).

5. Zeugen.

Thatumstände, welche mittelst der Sinne wahrgenommen worden sind, können von denen, die sie wahrgenommen haben, dem Gerichte zur Kenntniß gebracht werden, vorausgesetzt, daß derjenige, welcher sie wahrgenommen, zur Auffassung und zur Mittheilung fähig ist. Ist derjenige, welcher sie wahrgenommen, nicht selbst dabei betheiligt, so ist seine Mittheilung an das Gericht ein Zeugniß, er kann demnach von den Parteien als Zeuge benannt werden. Handelt es sich nicht von Auffassung und Mittheilung des Wahrgenommenen allein, ist vielmehr zur Auffassung und zur erheblichen Mittheilung an den Richter besondere Kenntniß oder Wissenschaft erforderlich, so handelt es sich von Sachverständigen.

Man hat nicht über alle Thatumstände Zeugen, nicht über alle hat man Urkunden. Fragt man, welcher Beweis sicherer und vorzüglicher sei, der durch Zeugen oder der durch Urkunden, so läßt sich eine bestimmte Entscheidung nicht geben. Urkunden, welche auf vollständiger und zugleich richtiger Auffassung desjenigen, was beurkundet wird, beruhen und dieses vollständig, richtig und zugleich deutlich

---

[1]) Die hannöv. Civ.-Proz.-Ordn. enthält keine Bestimmung wegen des sicheren Datums.

[2]) Der bayer. Entw. Art. 328 läßt Ergänzung solchen Beweises zu.

darstellen, haben den Vorzug vor den Zeugen, daß sie das Beurkundete auch nach längerer Zeit vollständig darlegen (litera scripta manet), während Zeugen nicht immer einem Vorfalle die gehörige Aufmerksamkeit widmen, auch das Wahrgenommene aus dem Gedächtnisse verlieren oder gar sterben können. Daraus geht aber nicht im Geringsten hervor, daß der Zeugenbeweis zu beschränken, vielleicht hie und da der Urkundenbeweis allein für zulässig erklärt werden könnte. Urkunden können nicht nur verloren, sondern auch durch Zufall oder sonst vernichtet werden und es ist nicht zu denken, daß alle Urkunden mit der Genauigkeit gefertigt werden, daß sie auf vollständiger und zugleich richtiger Auffassung des Wahrgenommenen beruhen, ja daß sogar dem Beurkundenden alle erheblichen Thatumstände bekannt gegeben oder von ihm beachtet worden sind. Schon die gerichtlichen Urkunden liefern hierüber Beispiele genug, wie jeder Praktiker aus Erfahrung weiß: noch mehr aber ist dieses der Fall bei außergerichtlichen Urkunden, zumal die entschiedene Mehrheit der Nichtjuristen außer Stande ist, gute Urkunden über Rechtsverhältnisse zu fertigen. Will man aber die Leute indirekt zwingen, ihre Urkunden durch Gerichte oder Notare errichten zu lassen, so ist dies eine Belästigung des Verkehres, und wo der Staat von solchen Urkunden Abgaben erhebt, eine drückende Finanzmaßregel [1]).

Die französische Gesetzgebung läßt über Gegenstände, welche den Werth von 150 Franks übersteigen, in der Regel keinen Beweis durch Zeugen zu, sondern nur durch Urkunden, Vermuthungen und Eid (Code civ. art. 1341). Ausnahmen sind: 1) wenn der Anfang eines schriftlichen Beweises vorhanden ist, d. h. eine Urkunde, welche die behauptete Thatsache wahrscheinlich macht (Art. 1347). Diese Ausnahme veranlaßt in Frankreich

---

[1]) Planck a. a. O. S. 30 fg.

viele Zweifel und Kontroversen. 2) Wenn man sich über die Verbindlichkeit des Anderen keine Urkunde verschaffen konnte, z. B. bei Quasikontrakten, Delikten, zufälligen Beschädigungen (Art. 1348) [1]).

Verarge man es uns nicht, wenn wir diese Beschränkung des Zeugenbeweises eine Verkümmerung des Rechtes nennen, seine Ansprüche vor Gericht geltend zu machen und zugleich behaupten, daß diese Verkümmerung keinen legislativen Grund habe, dagegen einen hohen Grad von Inkonsequenz an sich trägt. Allerdings werden die Prozesse sehr vereinfacht und abgekürzt, wenn man eines der besten Beweismittel, den Zeugenbeweis, ausschließt und bei der Mündlichkeit des Verfahrens käme man ohne Zeugenbeweis schneller zum Urtheile: es ist aber die Aufgabe der Richter nicht, die Prozesse schnell todt zu schlagen, sondern das Thatverhältniß möglichst genau zu ermitteln und auf den Grund dieser gründlichen Ermittelung dem materiellen Rechte möglichst den Sieg zu verschaffen. Wird wegen großer Zahl oder wegen Entfernung der Zeugen die Verhandlung zu umfassend, so geschieht — auch in Frankreich — die Zeugenvernehmung durch einen Kommissär, und daß bei vollständiger Gestattung des Zeugenbeweises die Verhandlung und Entscheidung möglich ist, das hat sich in Deutschland seit Einführung des mündlichen Strafprozesses glänzend bewährt. Wenn man behauptet, die Zeugen widmen nicht immer einem Vorfalle diejenige Aufmerksamkeit, welche zur Auffassung erforderlich ist, sie können das Wahrgenommene aus dem Gedächtnisse verlieren u. s. w., so haben wir dieses schon oben zugegeben: allein um deswillen den Zeugenbeweis auszuschließen, rechtfertigt sich nicht: sind die Zeugen als solche schon zu dem Vorfalle als Zeugen beigezogen, so werden sie diesem beson-

[1]) Der bayer. Entw. Art. 370 fg. hat das französ. Recht nachgeahmt.

dere Aufmerksamkeit widmen; außerdem liegt es in der menschlichen Natur, daß wir dem, was in unserer Nähe vorgeht, gerne unsere Aufmerksamkeit zuwenden, und jeder Richter von Erfahrung weiß, daß die Zeugen in der Regel von dem Gegenstande Kenntniß haben, über den sie aussagen sollen und daß die Rechtsstreitigkeiten nur ausnahmsweise solche Verhältnisse zum Gegenstande haben, welche in früherer Zeit sich zutrugen und den Zeugen bereits aus dem Gedächtnisse entwichen sind. Inkonsequent ist die Vermuthung, daß bei Gegenständen von höherem Werthe die Zeugen nicht aufmerksam gewesen sein mögen, während man bei Gegenständen von geringerem Werthe die Zeugen zum Zeugnisse tüchtig erachtet, also ihnen Aufmerksamkeit zutraut. Inkonsequent ist es, in Civilstreitigkeiten wegen Verträgen die Zeugen wegen Unzuverlässigkeit auszuschließen, sie aber in Civilstreitigkeiten wegen Quasikontrakten u. s. w. und in Strafsachen für zuverlässig zu halten und zuzulassen. Die Furcht vor meineidigen Zeugen rechtfertigt die Beschränkung des Zeugenbeweises nicht: meineidige Zeugen kommen selten vor, wie jeder Richter und Advokat in Deutschland bezeugen kann und wenn diese Furcht die Ausschließung des Zeugenbeweises rechtfertigen könnte, so müßte dieses Beweismittel auch bei jenen Streitigkeiten ausgeschlossen werden, wo man es doch zuläßt. In der Ausschließung des Zeugenbeweises aus Besorgniß des Meineides liegt in Vergleichung mit der Zulassung der Parteien zum Eide wieder eine Inkonsequenz, denn indem man den Zeugen, welcher bei der Sache nicht betheiligt ist, wegen Besorgniß des Meineides nicht zuläßt, sollte man um so mehr die Partei, deren Interesse klar vorliegt, nicht zum Eide lassen. Wenn man sagt, die Kontrahenten können durch Urkunden sich sicher stellen und das Gesetz, welches ihnen den Zeugenbeweis nicht gestattet, übe eine wohlthätige Veranlassung, Urkunden zu errichten, so will man eine Bevormundung des Volkes

geltend machen, welche das Volk nicht bedarf und welchem eine jede solche Bevormundung tadelnswerth ist. Wer da glaubt, daß er zu seiner Sicherheit einer Urkunde bedürfe, der bedarf hiezu weder den Rath noch den indirekten Zwang des Staates. Es ist eine Belästigung des Verkehres, wenn die Gesetzgebung auf die Errichtung von Urkunden hinwirkt; nicht Jeder ist, wie wir schon oben gesagt, im Stande, gute Urkunden zu errichten; die Errichtung der Urkunden kostet auf jeden Fall Zeit, veranlaßt gewöhnlich Kosten und man verdenke uns nicht, wenn wir bei der französischen Gesetzgebung über die Ausschließung des Zeugenbeweises bei Geschäften über werthvolle Gegenstände das Wort „Enregistrement" zwischen den Zeilen durchzublicken glauben. — Mag auch da, wo das französische Recht oder ähnliche Gesetze gelten, die Macht der Gewohnheit solche Belästigung des Verkehres erträglich machen: wir Deutsche sehnen uns nicht darnach [1]) und beweisen schon jetzt durch die That, daß solche Gesetze unserm Charakter, unserem Rechtssinne und unserem Streben widersprechen, im Privatverkehre unbevormundet und unbeschränkt zu sein. Wir hatten und haben in Deutschland mehrere Gesetze, welche nicht blos wie das französische dem Urkundenbeweise eine Art Monopol verleihen, sondern sogar die Gültigkeit eines Vertrages über irgend bedeutende Gegenstände, namentlich über Eigenthum und dingliche Rechte an liegenden Besitzungen, von Errichtung einer Urkunde, zuweilen sogar von Errichtung einer gerichtlichen Urkunde, abhängig machen. Das umfassendste solcher Gesetze ist das **preußische Landrecht**, welches für alle Verträge, deren Gegenstand sich über 50 Thaler beläuft, schriftliche Errichtung gebietet [2]), dabei aber so viele Ausnahmen zu machen

---

[1]) Die hannöv. Civ.-Proz.-Ordn. hat sich von solchen Bestimmungen freigehalten.

[2]) Preuß. Landr. Th. I Tit. 5 §. 131 fg.

sich veranlaßt fand[1]), daß man deutlich erkennt, der Gesetzgeber sah den Druck ein, welchen er dadurch auf den freien Verkehr wälze und wollte ihn durch Ausnahmen erträglich machen. Hinsichtlich der Verträge über das Eigenthum liegender Gründe ließ das preuß. Landrecht zwar außergerichtliche Urkunden gelten und es kann dann auf gerichtliche Errichtung geklagt und der neue Eigenthümer kann vom Richter angehalten werden, seinen Besitztitel im Hypothekenbuche eintragen zu lassen[2]). Einestheils die Nothwendigkeit, das Hypothekenbuch stets zuverlässig zu erhalten, anderntheils die Erkenntniß, daß der Verkehr so wenig als möglich zu beschränken sei, veranlaßte ein Schwanken der preußischen Gesetzgebung in Beziehung auf diese Frage[3]). In Preußen fühlte man sogleich[4]) und fühlt man noch jetzt[5]), welche Belästigung des Verkehres und welche Quelle von theils perfiden, theils muthwilligen Täuschungen solche Gesetze sind[6]).

Verschiedene Provinzialgesetze in Deutschland enthalten ebenfalls einzelne Vorschriften über die Nothwendigkeit gerichtlicher oder sonst öffentlicher Form der Verträge: aber überall findet man den Zwang lästig und sucht auf jede mögliche Weise dem Gesetze zu entgehen. In Bayern

---

[1]) Preuß. Landr. Th. I Tit. 5 §. 144 fg., 185 fg.

[2]) Preuß. Landr. Th. I Tit. 10 §. 12, 13, 15, 16, 17.

[3]) Nachweise s. Arnold, Erörterungen S. 106 Note 10, 11, 12

[4]) Klein sagte in seinen Annalen der preuß. Gesetzgebung Bd. XXV, daß die preuß. Bestimmung über die Nothwendigkeit schriftlicher Verträge alle Treue und Glauben vernichte.

[5]) Arndts in der kritischen Ueberschau, Bd. I S. 139. — Auch in den ehemals preußischen Fürstenthümern Ansbach und Bayreuth hat der Verfasser gegenwärtiger Schrift in zwanzigjähriger Richterpraxis diese Erfahrung gemacht.

[6]) Beispiel im Gerichtssaale, Jahrgang 1854 Band II S. 190 Note *.

wurden jene Vorschriften durch Gesetz vom 10. Nov. 1861 großentheils aufgehoben [1]). Oesterreichs Gesetzgebung fordert keine Schriftlichkeit der Verträge [2]), sondern ist treu geblieben dem deutschen Grundsatze „Ein Mann, ein Wort: ein Wort, ein Mann" [3]). Die Entwürfe des bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Sachsen verlangen — der ältere §. 705 und 279, der v. J. 1860 §. 846 und 287 — in der Regel keine schriftliche Form der Verträge, wohl aber zur Erwerbung des Eigenthumes an liegenden Gründen die Eintragung in das Hypothekenbuch und ebenso bedingt ein großherzogl. hessisches Gesetz vom 21. Febr. 1852 zur Erwerbung des Grundeigenthumes gegen Dritte Eintragung in die Mutationsverzeichnisse [4]), läßt also den Vertrag unter den Kontrahenten auch ohne besondere Form gelten [5]).

Wenn nun gleich ein Unterschied zwischen jenen Gesetzen ist, welche die Gültigkeit eines Vertrages von der besonderen Form der schriftlichen oder gar gerichtlichen Errichtung abhängig machen und jenen Gesetzen, wie die französischen, welche solche Form nicht bedingen, vielmehr selbst einen mündlich geschlossenen Vertrag wirksam sein lassen,

---

[1]) Landtagsabschied §. 28 Ziff. 3 Ges. Bl. S. 78. — Schon das bayerische Landrecht v. J. 1756 Thl. IV Kap. 1 §. 4, 5, 6 erklärt die Schrift bei Verträgen zwar als räthlich, aber nicht als nothwendig.

[2]) Allg. bürg. Ges.-Buch §. 883.

[3]) Zeiller, Komment. z. österr. GB. Bd. III S. 58.

[4]) Gerichtssaal Jahrgang 1853 Bd. I S. 188. — Der Entwurf eines bürg. Gesetzbuches für das Großherzogthum Hessen (v. J. 1853) bedingt keine besondere Form der Verträge.

[5]) S. übrigens Mittermaier, über den neuesten Zustand der Gesetzgebung in Bezug auf Uebergang des Grundeigenthumes u. s. w. im Archiv für civil. Praxis, Bd. XXIII S. 435, Bd. XXIV S. 245, 412, Bd. XXV S. 323.

aber die Mittel zum Beweise solcher Verträge durch Ausschließung des Zeugenbeweises auf den Beweis durch Urkunden und Eid beschränken, so sind doch beiderlei Gesetzgebungen sehr nahe verwandt, indem beide zur Urkundenerrichtung zwingen, die ersteren unbedingt, die letzteren insoferne, als Jeder, welcher nicht dem Eide des Anderen vertrauen, oder, wenn dieser Andere stirbt, nicht beweislos sein will, zur Urkundenerrichtung durch das Gesetz gezwungen werden soll. Deshalb werden beide Arten der Gesetzgebungen hier betrachtet. Es gilt hier, den deutschen Charakter zu wahren, das Vertrauen auf deutsche Treue und Redlichkeit nicht durch die Gesetze zu untergraben, den Verkehr nicht durch Formwesen zu erschweren und ebensowenig durch Privatbelohnung für Vertragsurkunden oder gar durch Notariats- und Gerichtstaxen zu belästigen. Es wird demnach erlaubt sein, diesen Gegenstand noch weiter zu beleuchten, namentlich hiebei aus der bayerischen und französischen Gesetzgebung Beispiele zum Grunde zu legen. Wir bemerken im Voraus, daß die Gesetzgebung gute Veranlassung hat, ausnahmsweise für einzelne Verträge eine schriftliche oder gerichtliche Form zur Gültigkeit des Vertrages zu bedingen, z. B. wenn in einer Ehe ein anderer als der gesetzliche Güterstand herrschen soll: aber wenn ein Vertrag vom Gesetze als gültig anerkannt wird, so darf der Beweis desselben hinsichtlich der Kontrahenten unter sich nicht verkümmert werden. Das Eigenthum an liegenden Gründen und die Belastung derselben mit Hypotheken oder anderen dinglichen Rechten ist nun aber nicht allein Sache des Eigenthümers und im Falle eines Vertrages der Kontrahenten, sondern es liegt dem Staate wegen der öffentlichen Abgaben und der öffentlichen Ordnung, dem ganzen Volke wegen des Realkredites daran, die Eigenthümer und die Belastungen der liegenden Gründe gewiß zu kennen. Hiezu nützt nun die gesetzliche Ausschließung des Zeugenbeweises über Verträge

gar nichts, aber auch ebensowenig die gesetzliche Nothwendigkeit schriftlicher oder auch gerichtlicher oder Notariatsurkunden, weil selbst die Gerichte und noch weniger die Privatpersonen wissen können, welche Verträge in den Gerichts- und Notariatsakten vergraben sind. Der den bayerischen Kammern im Jahre 1851 vorgelegte Entwurf eines Notariatsgesetzes wollte §. 13, 14, daß über alle Verträge, welche die Besitzveränderung oder das Eigenthum unbeweglicher Sachen oder diesen gleich geachteter Rechte, so wie über alle Verträge, welche dingliche Rechte an unbeweglichen Sachen betreffen, bei Strafe der Nichtigkeit öffentliche Urkunden zu errichten und daß diese Verträge dem Hypothekenamte vorzulegen sind [1]). Dieser Vorschlag fand großen Widerspruch und insbesondere wurde der Ansicht, daß man dem Gesetze beistimmen könne, weil man in der Oberpfalz, wo ein solches Gesetz schon lange bestehe, sich demselben zu entziehen wisse, mithin das Gesetz unschädlich gemacht werden könne, mit Recht entgegengesetzt, daß es traurige Gesetze seien, gegen die man sich durch Umgehung derselben helfen muß und daß der schlimmste Zustand der sei, wenn man hinter dem Rücken der Regierung auf Maßregeln denken müsse, das bestehende Gesetz unschädlich zu machen [2]). — Das Notariatsgesetz kam damals nicht zu Stande: allein in einem Gesetze vom 28. Mai 1852 über die Taxen für Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit wurde Art. 23 bestimmt, daß über alle Verträge, welche die Besitzveränderung oder das Eigenthum unbeweglicher Sachen oder diesen gleich geachteter Rechte betreffen, so wie über alle Verträge,

---

[1]) Verhandlungen der bayer. Kammer der Abgeordneten v. J. 1851 Beil.-Bd. I S. 21.

[2]) Die ganze desfallsige sehr gediegene Rede des zweiten Präsidenten der Kammer der Reichsräthe, Grafen von Seinsheim, s. Verh. d. K. d. Reichsräthe v. J. 1851 Bd. II S. 599, 600.

welche dingliche Rechte an unbeweglichen Sachen betreffen, öffentliche Urkunden errichtet werden müssen. Allen Behörden wurde untersagt, die Umschreibung des Erwerbs- oder Besitztitels über besagte Immobilien oder ihnen gleich geachtete Rechte in den öffentlichen Büchern eher vorzunehmen, als der Beweis über die Entrichtung oder Hinterlegung der treffenden Taxen vorgelegt ist. — Der Schluß dieses Gesetzes zeigt deutlich, daß es dabei nur um die Taxen zu thun war. Deshalb entschied auch der oberste Gerichtshof, daß die Gültigkeit eines solchen Vertrages von der gerichtlichen Errichtung nicht abhänge[1]). Dem Landtage vom Jahre $18^{59}/_{60}$ wurde abermals ein Entwurf eines Notariatsgesetzes vorgelegt, dessen Artikel 14 und 15 die oben erwähnten Art. 13 und 14 des Entwurfes v. J. 1851 wiederholen[2]). Während nun das oben schon erwähnte königl. bayer. Gesetz v. 10. Novbr. 1861 alle civilrechtlichen Vorschriften der Provinzialrechte über die Nothwendigkeit schriftlicher oder mit Zeugen zu geschehender Errichtung der Verträge über andere Gegenstände als liegende Gründe aufhebt, verordnet das am nämlichen Tage erlassene Notariatsgesetz Art. 14, 15 ganz im Sinne der Entwürfe v. J. 1851 und $18^{59}/_{61}$ die Nothwendigkeit der Errichtung der Verträge über Immobilien und Rechte an solchen vor Notaren[3]) bei Strafe der Nichtigkeit und die Uebersendung dieser Verträge an das Hypothekenamt zum Eintrage.

Es zeigt dieses Gesetz eben so wie das Taxgesetz v. J. 1852, wie gefährlich es ist, Fragmente aus einem Zweige

---

[1]) Blätter für Rechtsanw. Bd. XXIII S. 200.

[2]) Verhandl. der Kammer der Abg. v. J. $18^{59}/_{61}$ Bd. V S. 219.

[3]) Wird in einem Vergleiche vor Gericht eine Hypothek bestellt, so muß diese nach dem Wortlaute des Notariatsgesetzes auch vor dem Notare, also zum zweiten Male errichtet werden! Zink im Kommentar zum Notariatsgesetze S. 434.

der Gesetzgebung in einen anderen Zweig derselben einzuschalten. Wir haben bereits oben anerkannt, daß das Eigenthum an liegenden Besitzungen oder denselben gleich geachteten Rechten und die Belastung derselben mit Hypotheken oder anderen dinglichen Rechten auch für den Staat und für Dritte gewiß sein müsse und hiezu dient in allen Ländern, welche gute Grund- und Hypothekensysteme haben, das Grund- und Hypothekenbuch [1]). Dieses Buch muß Jedem, der ein rechtliches Interesse dabei hat, zur Einsicht offen stehen und ihn belehren und sichern, wer der Eigenthümer einer jeden liegenden Besitzung sei und ob und welche Hypotheken und andere dingliche Lasten darauf haften. Nur dieses Buch allein kann hierüber Sicherheit gewähren, nicht aber Verträge und einzelne gerichtliche oder notarielle Urkunden hierüber. Gesetze, wie das oben erwähnte bayerische Taxgesetz und das bayerische Notariatsgesetz, verlangen eines-theils zu viel und gewähren doch andererseits die Sicherheit nicht, welche sie verschaffen sollen und wollen.

Sie verlangen zu viel, indem sie zur Gültigkeit solcher Verträge unbedingt, also auch zur Gültigkeit unter den Kontrahenten, die Beurkundung durch Gericht oder Notar verlangen. Man darf hiebei nicht vergessen, daß die Gültigkeit anderer Verträge, namentlich des Miethvertrages, von solcher öffentlichen Beurkundung nicht abhänge und dann bedeutende Verwickelungen und Verlegenheiten im Verkehre veranlaßt werden können. Gesetzt, A verkauft sein

---

[1]) Das französische Hypothekensystem ist eine halbe Maßregel, weil die stillschweigenden Hypotheken (Privilegien genannt) nicht eingetragen werden müssen. Vergl. Reichersperger, Entwurf eines Hypothekengesetzes. Köln, 1851, 8. — Das bayerische Hyp.-Ges. v. J. 1822 ist ein Meisterwerk, hat jedoch den Fehler, daß der Besitztitel allein die Anlegung eines Foliums nicht begründet.

Haus an B und es wird verabredet, daß der Vertrag am nächsten Tage beim Notar verbriest werden soll. A findet noch am nämlichen Tage eine neue Wohnung, will nicht wagen, daß solche nicht noch vor der Verbriefung des Kaufvertrages einem Anderen vermiethet werde und schließt sogleich einen Miethvertrag ab. B will das gekaufte Haus sogleich beziehen, kündigt seine bisherige Miethwohnung, kündigt auch, weil Kauf Miethe bricht, den in dem erkauften Hause wohnenden Miethleuten und diese finden sogleich neue Wohnungen, die sie miethen. Am anderen Tage und ehe der Kaufvertrag vom Notar beurkundet ist, fällt es dem einen Kontrahenten ein, den wegen Mangels der Beurkundung noch ungültigen Kaufvertrag nicht zu halten, und es haben nicht nur Käufer und Verkäufer, sondern sogar auch Dritte rechtsgültigerweise Miethverträge gekündigt und geschlossen, ohne daß zu deren Erfüllung eine Nothwendigkeit vorliegt, ja deren Erfüllung oder Schadensersatz verlangt werden kann. — Oder man denke sich, daß C seinen Bauernhof an D verkauft und beide zum Notar gehen, um den Vertrag beurkunden zu lassen. Im Vorzimmer des Notars befindet sich E, welcher dem C für den Bauernhof Eintausend Gulden mehr gibt als D. Dafür erhält er den Hof, der Vertrag zwischen C und E wird vom Notar beurkundet und der getäuschte D hat nicht einmal eine Entschädigungsklage, weil sein Vertrag ungültig ist. Wer da glaubt, dergleichen Wortbrüchigkeiten werden schwerlich benützt werden, dem erwidern wir: Sobald ein Gesetz den Wortbruch begünstigt, sobald finden sich Leute, welche solches Gesetz benützen. —

Die oben erwähnten Gesetze gewähren aber auch die Sicherheit nicht, welche sie verschaffen sollen und wollen. Das Rechtsverhältniß zwischen den Kontrahenten zu sichern kann dabei nicht beabsichtigt werden, denn es ist schon festgestellt durch den Vertrag und es darf nur der Gesetzgeber

sich enthalten, den Rechtssatz „pacta sunt servanda“ dadurch zu schwächen, daß er den Verträgen eine überflüssige Form „die Schriftlichkeit“ aufbürdet. Das Gesetz kann nur die Absicht haben, das liegende Eigenthum und dessen Belastung eben so wie Eigenthümer und Berechtigte für den Staat und für Dritte kennbar zu machen. Das geschieht nun aber durch die Verbriefung der Verträge durch Gericht oder Notar noch nicht, sondern, wie wir schon gesagt, durch die Eintragung in das Grund- und Hypothekenbuch und deshalb verordnen die erwähnten Gesetze die Mittheilung der Urkunden an das Gericht und Hypothekenamt zur Eintragung. Nun tritt aber die Gültigkeit des Vertrages schon mit der Errichtung der Notariatsurkunde ein, und da von dieser Errichtung bis zum Eintrage in das Grund- und Hypothekenbuch doch immer eine bald längere, bald kürzere Zeit verfließen muß, so ist in diesem Zwischenraume der Vertrag gültig, die Sicherung für den Staat und Dritte aber bezieht sich nur auf den vorigen, im Hypothekenbuche eingetragenen Berechtigten und der neue Berechtigte kann sich ihnen gegenüber auf den vom Gesetze für gültig erklärten Vertrag nicht berufen. Wird nun noch überdies, wie in Bayern, um des Besitztitels allein willen kein Folium im Hypothekenbuche angelegt, so kann der neue Erwerber trotz der gültigen Notariatsurkunde doch noch dadurch beschädigt werden, daß ein früherer Eigenthümer auf den Grund früherer Urkunden sich als Besitzer legitimirt und zugleich das Objekt mit einer Hypothek belastet, wo dann ein Folium angelegt und der ehemalige Besitzer nebst der Hypothek eingetragen wird.

Will die Gesetzgebung auf der einen Seite dem Verkehre keine Fesseln und keine Beschränkungen auflegen, auf der anderen Seite Gewißheit des Eigenthumes und der dinglichen Rechte an liegenden Gründen herstellen und damit auch den Realkredit befestigen, so wird sie mit genauer Unterschei-

dung der verschiedenen Zweige der Gesetzgebung verordnen müssen:

I. im Civilgesetzbuche:

1) Die Gültigkeit eines Vertrages ist nur dann von Beobachtung einer besonderen Form abhängig, wenn das Gesetz solche Form vorschreibt.

2) Verträge, welche die Besitzveränderung oder das Eigenthum unbeweglicher Sachen oder diesen gleichgeachteter Rechte, oder dingliche Rechte an unbeweglichen Sachen betreffen, sind auch ohne besondere Form unter den vertragschließenden Theilen gültig: zur Erlangung eines dinglichen gegen Dritte wirksamen Rechtes ist jedoch Beurkundung des Vertrages durch Gericht oder Notar und Eintragung des Rechtes oder des neuen Besitzers in das Grund- und Hypothekenbuch erforderlich.

II. Im Notariatsgesetze:

Von allen Verträgen, welche eine Veränderung des Besitzes unbeweglicher Sachen oder diesen gleich geachteter Rechte betreffen, hat der Notar unter Mittheilung der Notariatsurkunde dem einschlägigen Hypothekenamte unverzüglich Nachricht zu geben, welches nach Eintragung der Besitzveränderung oder des dinglichen Rechtes in das Hypothekenbuch und Vormerkung des Eintrages auf der Urkunde diese dem Notar zurückzusenden hat.

III. Im Hypothekengesetze:

Jede Veränderung des Besitzes unbeweglicher Sachen oder diesen gleich geachteter Rechte muß das Hypothekenamt, sobald ihm solche durch Vorlegung einer öffentlichen Urkunde hierüber bekannt wird, in das Hypothekenbuch eintragen, soferne kein Hinderniß entgegensteht und wenn dieses der Fall ist, sobald das Hinderniß gehoben ist.

IV. Im Gesetze über die Gerichtstaxen kann von Taxen für Verträge nur insoferne die Rede sein, als nicht

blos die Notare, sondern die Gerichte Verträge aufzunehmen oder zu bestätigen haben, und selbst dann ist in solchen Gesetzen nur zu bestimmen, für welche Verträge, von wem und wie viel Taxen zu erheben sind.

Ob die Verträge zu ihrer Gültigkeit der Errichtung vor Gericht oder Notar bedürfen, gehört nicht in ein Taxgesetz. Wo nun aber die Verträge von den Notaren aufgenommen werden, welche aus der Staatskasse nicht besoldet werden, sondern von denen Bezahlung erhalten, für welche sie die Urkunden errichten, da rechtfertigt sich eine Gerichtstaxe für Notariatshandlungen nicht, sondern es kann höchstens von einer indirekten Auflage auf den Verkehr die Rede sein und wenn der Staat es nicht gegen die Grundsätze der nationalwirthschaftlichen Politik findet, den Verkehr durch lästige Auflagen zu erschweren und das an sich wohlthätige Institut des Notariates durch Vermehrung der Kosten in Mißkredit zu bringen, so gehört doch in ein solches Steuergesetz keine Bestimmung, daß und welche Verträge zu ihrer civilrechtlichen Gültigkeit die Errichtung vor einem Notar bedürfen. —

Eine bekannte Rechtsfrage ist, ob bei einem schriftlich oder gerichtlich abgeschlossenen Vertrage mündliche Nebenabreden mit Wirksamkeit stattfinden können. Die Entscheidung dieser Frage gehört in das Civilgesetzbuch. So weit aber die Frage bejaht wird, kann im Civilprozeßgesetzbuche die Frage aufgeworfen werden, ob alle oder nur einige Beweismittel hiebei zulässig sind, und es ist als Regel anzunehmen, daß alle Beweismittel, durch welche ein Geschäft bewiesen werden darf, auch zum Beweise von mündlichen Nebenabreden zulässig sind. Wenn nun aber eine Gesetzgebung, wie nach dem, was wir oben gesagt, die französische, bedeutendere Geschäfte nicht durch Zeugen beweisen läßt, dann ist es auch ganz folgerecht, wenn sie auch darüber keinen Zeugenbeweis zuläßt, daß etwas gegen den Inhalt

der Verabredung oder außer demselben besonders bestimmt worden sei (Code civ. art. 1341). Da wir nun aber die französische Ausschließung des Zeugenbeweises überhaupt nicht für gerechtfertigt erachten können, so müssen wir uns auch gegen die Ausschließung in diesem Falle erklären[1]).

6. Eid.

Der Unterschied zwischen schriftlichem und mündlichem Verfahren begründet bezüglich der Eide als Beweismittel keine wesentliche Verschiedenheit, denn immer muß der Eid von dem Schwörenden in Person geleistet werden.

Wohl aber veranlaßt die Unterlassung allgemeiner Beweisregeln insoferne eine Verschiedenheit vom bisherigen Civilprozesse in Deutschland, als öfters die Richter einen Eid zulassen oder sogar auflegen mußten, während sie durch die Verhandlung schon überzeugt waren, daß die Sache sich so verhalte, wie durch den Eid hergestellt werden soll. Namentlich war dies bei dem Erfüllungseide und bei dem Reinigungseide der Fall und es kann schon in Beziehung auf diese eine ziemlich bedeutende Verminderung der Eide eintreten, wenn den Richtern überlassen ist, nur dann auf den Eid zu erkennen, wenn ein erheblicher Zweifel zu lösen ist. Aber auch außerdem kann und muß die Gesetzgebung auf möglichste Verminderung der Eide hinwirken, weil der Eid um so mehr an Würde und Heiligkeit verliert, als er ohne wichtigen Grund geschworen wird.

Der Eid als Beweismittel soll dem Richter die Wahrheit oder Unwahrheit eines Thatumstandes versichern: es kann also nur derjenige einen solchen Eid leisten, welcher von jener Wahrheit oder Unwahrheit wirklich Wissenschaft

---

[1]) Die hannov. CPO. hat sich auch von dieser Beschränkung freigehalten. Der bayer. Entwurf Art. 373 ist dem französischen Rechte nachgebildet.

hat [1]): bloße Vermuthung berechtigt nicht zum Eide, denn diese Vermuthung müßte auf faktischen Gründen beruhen und wenn solche vorhanden, so sind sie dem Richter als Beweismittel vorzulegen und dieser wird dann unparteiisch prüfen, ob daraus Gewißheit hervorgehe. Jeder Glaubenseid ist verwerflich und ebenso der Calumnieneid, zumal dieser oft dahin führt, daß ein darauffolgender Eid des Gegners so widerspricht, daß nothwendig einer von beiden Eiden falsch geschworen sein muß.

Betrachtet man den Haupteid als Vergleichsmittel, so kann er nach Willkühr der Parteien zugeschoben und angenommen werden: betrachtet man ihn aber, wie das im Prozesse nur sein darf, als Beweismittel zur Begründung eines Richterspruches, so muß die Thatsache, über welche er geschworen werden soll, erheblich und darüber nicht schon anderer, wenn auch nur theilweiser Beweis vorhanden sein, denn wenn letzteres der Fall, so muß dem Richter überlassen sein, welcher Partei er einen nothwendigen Eid auflegen will. Zurückschiebung des zugeschobenen Haupteides muß zulässig sein, soferne der Deferent aus eigenem Wissen schwören kann [2]). Aber auch Gewissensvertretung, d. i. Beweis des Gegentheiles von dem, was man beschwören soll, muß dem Delaten erlaubt sein [3]): ist sie nicht erlaubt, so kann derjenige, dessen Gegner aus religiösen Ansichten lieber ein materielles Opfer bringt, als einen Eid schwört (namentlich bei Gegenständen von geringerem Werthe) durch Eideszuschiebung sich ungerechten Vortheil erwerben, den er nicht erhalten würde, wenn dem

[1]) Weiter geht der bayer. Entw. Art. 411—415.

[2]) Der bayer. Entw. Art. 423 und die hannöv. CPO. §. 294 gestatten die Zurückschiebung.

[3]) Der bayer. Entw. Art. 423 will die Gewissensvertretung nicht stattfinden lassen; die hannöv. CPO. §. 294 gestattet sie.

Anderen erlaubt wäre, die Unwahrheit der Behauptungen des Deferenten zu beweisen. Die Unzulässigkeit der Gewissensvertretung läßt sich auch dadurch nicht rechtfertigen, daß man den Parteien aufgibt, schon im ersten Verfahren ihre Beweis- und Gegenbeweismittel anzugeben [1]), denn wenn dies unter Androhung der Ausschließung geboten werden wollte, so wäre dies geradezu gegen das Prinzip, daß jederzeit und noch in den höheren Instanzen neue Umstände vorgebracht werden können. Die Verzögerung des Prozeßganges, welche durch die Gewissensvertretung entstehen kann, ist unbedeutend im Verhältnisse zu dem Gewinne, der Ausmittelung des wahren Sachverhältnisses Vorschub zu leihen. Gelingt der Beweis zur Gewissensvertretung nicht vollkommen, aber doch so weit, daß die Unwahrheit dessen, worüber der Eid zugeschoben war, sehr wahrscheinlich ist, so sollte die Eideszuschiebung für unzulässig erklärt werden; gelingt der Beweis aber nicht so weit, so kann das Gesetz sehr wohl den Eid für verweigert erklären, weil das Mittel, ihn zu beseitigen, frivol zu sein scheint.

In den Fällen, wo der Beweis so weit gelungen, daß für die Wahrheit des zu beweisenden Thatumstandes überwiegende Gründe, jedoch nicht volle Ueberzeugung, vorhanden, kann dem Beweisführer, soferne er von dem Thatumstande eigene Kenntniß haben kann, der Erfüllungseid auferlegt werden [2]).

Dem Reinigungseide wird der Gesetzgeber nicht statt zu geben haben, denn wenn derjenige, wider welchen der Beweis zu führen und wider welchen nicht so viel vorhanden ist, um den Erfüllungseid zu begründen, von dem zu beweisenden Thatumstande eigene Kenntniß haben kann, so

---

[1]) Motive des bayer. Entw. Seite 592.

[2]) Sowohl die hannöv. CPO. §. 300 als der bayer. Entw. Art. 432 lassen den Erfüllungseid zu.

kann ihm der Haupteid zugeschoben werden; hat er aber diese Kenntniß nicht, so könnte er nur einen Glaubenseid schwören, dessen Zulässigkeit wir schon oben bestritten haben [1]).

Der Manifestationseid und der Schätzungseid müssen auch im mündlichen Verfahren stattfinden; nur kann dem Richter überlassen werden, in jenen Fällen, wo er das, was durch solchen Eid hergestellt werden soll, z. B. die Größe eines gestifteten Schadens, schon nach den Verhandlungen und den Erfahrungen des gewöhnlichen Lebens im Wesentlichen zu erkennen im Stande ist, solche Größe mit Umgehung einer Eidesleistung festzusetzen [2]).

Es kann nicht dem geringsten Zweifel unterliegen, daß nur diejenigen Personen zum Eide vor Gericht zugelassen werden können, welche fähig sind, einen Eid zu leisten: ebenso unterliegt es keinem Zweifel, daß Meineidige weder zum Zeugeneide, noch zum Parteieneide zu lassen sind. Die Rehabilitation nach französischem Rechte hat die Wirkung, daß alle jene Rechte, welche Jemand zur Strafe wegen Verbrechens verloren hat, für die Zukunft wieder aufleben (Code d'instr. crim. art. 633) und in Bayern kann nach einem Gesetze vom 10. Juli 1861 (Gesetzbl. v. J. 1861 S. 9) die Wiedereinsetzung eines wegen Verbrechens oder Vergehens Verurtheilten in die vermöge des Urtheiles verlorenen bürgerlichen oder politischen Rechte durch königliche Gnade gewährt werden [3]). So wie

---

[1]) Die hannöv. CPO. läßt den Reinigungseid im §. 300 zu. — Richtiger dürfte der bayer. Entw. sein, welcher ihn nicht zuläßt.

[2]) Hannöv. PO. §. 238. Bayer. Entw. Art. 433. — Belehrend ist hierüber Zink, über die Ermittelung des Sachverhaltes im französischen Civilprozesse. München, 1860; doch dürfte der Herr Verf. hie und da zu weit gehen.

[3]) Die Strafgesetzbücher sollten zwischen Straffolgen und Folgen einer strafbaren That unterscheiden. Jene treffen nur

man nun gewiß sein kann, daß solche Gnade nur nach sorgfältiger Prüfung der Würdigkeit werde ertheilt werden, so kann man auch nicht zweifeln, daß einem Meineidigen das Recht, abermals vor Gericht zu schwören, schwer wieder gegeben werden wird, theils aus Achtung vor der Religion [1]), theils aus Besorgniß, dem Eide in der öffentlichen Meinung zu schaden und aus Schonung der Parteien, welche ihr Recht und ihr Vermögen nicht von dem Eide eines Menschen abhängen lassen wollen, welcher durch die That seine Nichtachtung der Heiligkeit des Eides an den Tag gelegt hat.

Die bekannte Frage, was Rechtens sei, wenn derjenige, welcher einen Parteieneid leisten soll, vor der Eidesleistung stirbt, oder in eine Geisteskrankheit verfällt, welche ihm die Eidesleistung unmöglich macht, kann da, wo der Gesetzgeber mit Beweisregeln zweckmäßig sparsam ist und weitere Erörterung der thatsächlichen Verhältnisse noch zuläßt, so lange die Sache nicht rechtskräftig entschieden ist, weit mehr dem materiellen Rechte entsprechend beantwortet werden, als da, wo Beweisregeln und Präklusivfristen den Richter ungebührlich einengen. Tritt der Fall ein, wo derjenige, welchem im Laufe des Prozesses ein Eid zugeschoben oder auferlegt wurde, an der wirklichen Ableistung verhindert wird, sei es durch den Tod oder durch Geisteskrankheit, so steht die Sache im Wesentlichen so, wie sie stehen würde, wenn dieses Hinderniß vor dem Beginne des Prozesses oder doch vor der Zuschiebung oder Auflegung des Eides eingetreten wäre: es fehlt ein Beweismittel. Nichts ist daher natürlicher und ge-

---

den Verbrecher und können im Gnadenwege erlassen werden: diese haben auch Einfluß auf Dritte, z. B. Eidesunfähigkeit.

[1]) Qui semel periuratus fuerit, nec testis sit post hoc, nec ad sacramentum accedat, nec in sua causa, vel alterius iurator existat. Causa XXII quaest. V. C. 14.

rechter, als daß die Beweisfrage nun von Neuem in Erwägung gezogen und vom Richter gerade so beurtheilt wird, wie er sie behandelt hätte, wenn schon früher die Unmöglichkeit der Eideszuschiebung oder Eidesauflegung vorhanden gewesen wäre. Handelt es sich von einem zugeschobenen Eide, so kann man dem Deferenten, welcher vielleicht im Vertrauen auf die Gewissenhaftigkeit seines Gegners und zur Beschleunigung der Sache nur zum Haupteide seine Zuflucht genommen hatte, nicht verwehren, nunmehr statt des ohne sein Verschulden verlorenen Beweismittels andere vorzuführen: handelt es sich um einen auferlegten Eid, so prüft der Richter von Neuem, ob er dem Gegner einen Eid auflegen oder das, was beschworen werden sollte, auch ohne den vereitelten Eid für wahr annehmen könne. Letzteres kann eintreten, wenn schon ohne den Eid für die Richtigkeit des zu Beschwörenden überwiegende Gründe vorhanden gewesen und entweder derjenige, welcher schwören sollte, zum Eide bereit war oder sonst durch sein Benehmen die Vermuthung der Rechtlichkeit für sich erregte, oder wenn der Gegner durch Winkelzüge gegen die Zulassung des Eides zu wirken suchte [1]). Die Appellation gegen das auf den Eid ergangene Erkenntniß ist allein nicht hinreichend, als Winkelzug des Appellanten betrachtet zu werden.

Wird bewiesen, daß ein Parteieneid falsch geschworen wurde, so hat wegen **Meineides** Restitution statt, wenn bereits dem Eide ein rechtskräftig gewordenes Erkenntniß gefolgt ist [2]). Wird aber der Meineid vor Erlassung des Erkenntnisses hergestellt, so ist zugleich das Gegentheil von dem bewiesen, was der Meineid enthalten hatte, und das Urtheil wird hiernach erlassen [3]). Kommt der Meineid in

[1]) Die hannöv. CPO. §. 291 dürfte diese Materie richtiger behandelt haben, als der bayer. Entw. Art. 444.

[2]) Hannöv. CPO. §. 444 Zif. 1. Bayer. Entw. Art. 712 Ziff. 7.

[3]) Das Gesetz muß auch hierüber sich aussprechen.

der Zwischenzeit zwischen dem Urtheile und dessen Rechtskraft an den Tag, so muß der Gegner den Eintritt der Rechtskraft abwarten oder diese durch Verzicht auf die Berufung herbeiführen.

Zwei Fragen sind hierbei besonders zu berücksichtigen, ob nämlich A) die Untersuchung, ob ein Meineid begangen worden, nur vom Strafrichter zu führen oder ob hierüber als über einen Zwischenpunkt civilprozessualische Verhandlung und Entscheidung zu gestatten sei; B) ob solche Untersuchung oder Verhandlung suspensive Kraft in Beziehung auf den Fortgang und die Exekution des Urtheiles in der Hauptsache haben soll?

Hinsichtlich der ersten Frage scheint es zwar bei dem ersten Anblicke, daß die strafgerichtliche Untersuchung schon als solche vorausgehen müsse und auch zweckmäßig vorausgehe, weil sie sicherer und gewöhnlich auch schneller zum Ziele führt: es ist aber zu bedenken, daß ja nicht immer der Meineidige noch lebt, wenn der Meineid entdeckt wird und daß vielleicht sein Verbrechen schon verjährt, also eine Untersuchung und Strafe gegen ihn gar nicht möglich ist. Da nun es widerrechtlich wäre, wenn der Meineidige oder dessen Erben die Früchte seines Verbrechens genießen dürfte, der Gegner aber den ihm durch den Meineid zugefügten Schaden tragen müßte, so muß eine civilprozessualische Verhandlung und Entscheidung wegen Wiedereinsetzung auf den Grund des Meineides stattfinden können und nur das läßt sich rechtfertigen, daß, wenn die strafrechtliche Verfolgung eintritt, die civilprozessualische ausfällt [1]).

Die zweite Frage ist wichtig deshalb, weil die Erfahrung lehrt, daß derjenige, welcher auf den Grund des Eides

---

[1]) Die hannöv. CPO. §. 444 Ziff. 1 verlangt ganz richtig Beweis oder strafgerichtliche Verurtheilung: der bayer. Entw. Art. 712 will nur strafrechtliche Verurtheilung voraussetzen.

seines Gegners unterlegen ist, sich, so weit es nur immer möglich ist, der Vollziehung des Urtheiles dadurch zu entziehen sucht, daß er einen Meineid des Gegners behauptet und bis zur strafrechtlichen oder civilgerichtlichen Entscheidung hierüber die Vollziehung des in der Sache selbst wider ihn ergangenen Urtheiles, oder wenn dieses Urtheil noch nicht erlassen ist, die Fällung desselben zu hindern sucht. Die Suspensivwirkung wird eintreten müssen, wenn die Wahrscheinlichkeit vorliegt, daß ein Meineid geschworen sein möge und wenn zugleich erhellet, daß durch die Vollstreckung dem, gegen welchen sie geschehen soll, ein Schade zugefügt würde, welcher gar nicht oder nur sehr schwer zu ersetzen wäre, z. B. wenn dem Sieger eine Geldsumme bezahlt werden soll, für deren Rückzahlung nicht hinreichende Sicherheit vorhanden ist. Leistet aber der Sieger Sicherheit wegen der Rückzahlung, so muß die Vollstreckung geschehen [1]).

7) Vermuthungen; Schlüsse.

Besonders das materielle Recht fördernd und überflüssige Eide vermindernd wird es wirken, wenn der Richter in Würdigung des Beweises durch Vermuthungen und Schlüsse nicht durch gesetzliche Schranken zu sehr eingeengt wird [2]). Auch außer den Fällen einer gesetzlichen Präsumtion kommt es gar nicht selten vor, daß mehrere bewiesene Thatsachen so zusammentreffen, daß an der Existenz des zu beweisenden Thatumstandes nicht der geringste Zweifel ist. Nachdem man einen Rechtsfall durch Lesen der Akten oder durch Anhörung des Vortrages oder auch der mündlichen Verhandlung vernommen hat, entsteht oft ein sogenannter Totaleindruck, welcher wohl zu beachten ist und wenn man gleich ihm nicht

---

[1]) Großentheils verfügt also der bayer. Entw. Art. 730, dann die hannöv. CPO. §. 449 mit 410.

[2]) Zweckmäßig die Art. 445—447 des bayer. Entw.

ungeprüft sich hingeben darf, so findet man doch gewöhnlich bei gründlichem Nachdenken, daß jener Eindruck richtig war. Wenn nun der Richter, obgleich ein unmittelbarer Beweis nicht geliefert ist, doch aus den ihm vorliegenden Thatumständen die volle Ueberzeugung schöpft, daß das, was zu beweisen war, in Wahrheit beruht, so muß ihm auch erlaubt sein, es als wahr anzunehmen und darauf sein Urtheil zu gründen. Bleibt ihm noch einiger Zweifel, so kann er auf den Erfüllungseid erkennen, wenn die Bedingungen hiezu vorhanden sind [1]).

XVIII.

Außerordentliche Verfahrungsarten.

Die Rechtspflege soll eine gründliche und zugleich, jedoch ohne Beeinträchtigung der Gründlichkeit, eine schleunige sein.

Es gibt aber Rechtsstreitigkeiten, deren Gegenstand und Verwickelung von der Art ist, daß nur eine umfassende und mühsame Erörterung einen gründlichen und gerechten Richterspruch möglich machen kann, bei welchen also der gewöhnliche Gang einer prozessualischen Verhandlung die zur Gründlichkeit erforderliche Zeit nicht gewährt. Hieher gehören insbesondere die Streitigkeiten, in welchen bedeutende Rechnungsfragen vorkommen.

Andere Prozesse beruhen auf thatsächlichen Verhältnissen, welche dem Richter auf der Stelle so klar dargelegt werden können, daß der Grund der Ansprüche des Klägers gar nicht zweifelhaft sein kann, und daß es höchstens möglich ist, daß besondere Verhältnisse jenen Ansprüchen entge-

---

[1]) Diese Bedingung dürfte im Art. 447 des bayer. Entw. beizusetzen sein. — Uebrigens verweisen wir auch hier auf das oben schon allegirte Werk von Zink.

genstehen. Hier wäre der regelmäßige Gang eines Rechtsstreites nicht nur eine unzweckmäßige Weitläufigkeit, sondern auch der Regsamkeit des bürgerlichen Verkehres und dem allgemeinen Kredit nachtheilig. Es kann und muß ein schleunigeres Verfahren eintreten, welches jedoch das materielle Recht nicht gefährden darf. Es ist dieses der Fall bei dem Exekutivprozesse und dem Wechselprozesse.

Es kommen aber auch Rechtsstreitigkeiten vor, bei welchen eine gründliche Erörterung des Sachverhältnisses so viel Zeit erfordern würde, daß inzwischen die Gefahr einträte, es möge bis zur Vollendung jener Erörterung der Gegenstand des Streites verloren gehen oder doch so verringert oder verändert werden, daß der Sieger die Früchte seines Sieges nicht vollständig erhalten könnte. Hier muß, sobald der Anspruch und dessen Gefährdung wahrscheinlich gemacht sind, schleunig dafür gesorgt werden, daß der drohende Nachtheil nicht eintrete; es darf aber diese Sorge nicht weiter stattfinden, als sie nothwendig ist und es darf demjenigen nicht selbst Gefahr oder gar unersetzlicher Nachtheil bereitet werden, wider welchen die Vorsichtsmaßregeln stattfinden. Die hieher gehörigen Prozeßarten sind: Arrest, Sequestration, Provisorien und gewissenmaßen der Besitzprozeß.

Vorzüglich wegen des Gegenstandes, zugleich aber auch zur Beschleunigung, kommen Eigenthümlichkeiten vor bei den Prozessen vor den Handelsgerichten, bei den Ehestreitigkeiten und bei dem Entmündigungsprozesse.

Von besonderer Natur ist der Todeserklärungsprozeß.

Vorbereitend für einen Rechtsstreit kommen in Betrachtung: Ablehnung des Richters; Provokationsprozeß; Zeugenverhör und Urkundenproduktion zum ewigen Gedächtnisse.

Je zweckmäßiger das Civilprozeßgesetzbuch verabfaßt ist,

desto weniger bedarf es außerordentlicher Verfahrungsarten. Jeder Ueberfluß an diesen ist zu vermeiden und es sind namentlich der unbestimmte summarische Prozeß und der Mandatsprozeß des gemeinen Civilprozesses nicht beizubehalten. Der unbestimmte summarische Prozeß wird reichlich ersetzt durch die Kürze der Mündlichkeit des Verfahrens: der unbedingte Mandatsprozeß, schon nach dem gemeinen Civilprozesse in Deutschland sehr beschränkt, fängt — schroff aufgefaßt — mit der Exekution an: durch Zulassung von Einreden der Sub- und Obreption ist er überflüssig neben dem Exekutivprozesse und den Provisorien. Der bedingte Mandatsprozeß ist schon bei dem kürzeren mündlichen Verfahren und bei dem oben geschilderten zweckmäßigen Kontumazialverfahren überflüssig, denn wenn hier der Verklagte im Termine erscheint, so wird die Sache verhandelt und entschieden; wenn er aber nicht erscheint, so ist das Versäumungsurtheil einem Mandate ähnlich, indem statt der Einreden der Einspruch statt findet, und wenn von diesem nicht Gebrauch gemacht wird, so ist nicht erst, wie beim bedingten Mandatsprozesse, noch ein definitiver Befehl erforderlich. Will man den Ausschluß der Einreden nach abgelaufener Frist durch den Richter aussprechen lassen und als Folge des Versäumens der Einredefrist nicht nur die Ausschließung der Einreden, sondern auch sogar die Unzulässigkeit jedes Rechtsmittels eintreten lassen [1]), so ist das eine außerordentliche Härte, welche besonders in geringeren Sachen, für welche man den bedingten Mandatsprozeß zweckmäßig erachtet, sich am allerwenigsten rechtfertigt. Geringfügige Streithändel, insbesondere Streitigkeiten über Forderungen von geringem Betrage, kommen am meisten bei der niederen ungebildeten Klasse des Volkes vor. Oft legen solche Leute das gerichtliche Dekret hin, ohne es

---

[1]) Wie der bayer. Entw. Art. 635 fg. will.

zu lesen, oder doch zu verstehen, insbesondere ohne die schweren Folgen der Versäumung einzusehen. Kommt nun das zweite Dekret, welches den unbedingten Zahlungsbefehl enthält und gegen welches kein Rechtsmittel statt finden soll [1]), so kann so manche Familie in's Unglück kommen, nur weil sie die Gesetze nicht kannte. Dieselben Gründe, aus welchen wir oben das Kontumazialverfahren des französischen Rechtes empfehlen, sprechen gegen einen bedingten Mandatsprozeß mit den oben erwähnten Folgen [2]).

Daß besonders umfassende Rechtsstreitigkeiten, deren Verhandlung bei dem mündlichen Verfahren zu weitläufig und für die Auffassung der Richter zu schwierig wäre, ein besonderes und in manchen Fällen schriftliches Verfahren erfordern, läßt sich denken; insbesondere ist dies möglich, wenn ein Rechnungswesen den Streitgegenstand bildet: allein was hiebei einer richterlichen Entscheidung bedarf, muß dem Kollegium, welches das Urtheil fällen soll, zwar von einem Referenten, aber in öffentlicher Sitzung vorgetragen und dann mündliche Schlußverhandlung zugelassen werden [3]).

Der Exekutivprozeß und der Wechselprozeß sind nothwendig zur Sicherung des Kredites, insbesondere des Wechselkredites: sie gefährden den Verklagten nicht, weil sie nur unter Voraussetzung klaren und zugleich vollständigen Beweises statt finden, und weil die allenfallsigen Einreden, welche zur besonderen Ausführung verwiesen werden, durch Sicherheitsleistung für den Fall gedeckt werden können, daß sie bei der besonderen Ausführung als gegründet sich darstellen. Der

---

[1]) Bayer. Entw. Art. 641. Der Einspruch Art. 642 ist an zu strenge Bedingungen gebunden.

[2]) Die hannöv. CPO. läßt mit Recht keinen Mandatsprozeß zu. Leonhardt, a. a. O. S. 305.

[3]) Hannöv. CPO. §. 460 fg. Bayer. Entw. Art. 508 fg.

Exekutivprozeß kann sehr wohl auch bei Forderungen aus zweiseitigen Verträgen zugelassen werden, wenn der Kläger auch die Erfüllung von seiner Seite sogleich durch Urkunden belegt [1]); es ist dieses um so zweckmäßiger, als man sonst hiefür den bedingten Mandatsprozeß zulassen oder eine auf der Stelle liquide Forderung nur um deswillen in den allgemeinen Prozeßgang verweisen müßte, weil sie auf zweiseitigem Vertrage beruht. Ein schriftliches Vorverfahren würde der Natur des Exekutivprozesses und dem Zwecke einer schleunigen Rechtshülfe widersprechen: eben deshalb aber müssen der Exekutivklage, welche dem Verklagten mitzutheilen ist, die Urkunden wenigstens in Abschrift beigelegt werden, damit der Verklagte bis zum Termine Zeit zur Vorbereitung hat, ob er gegen die Statthaftigkeit des Exekutivprozesses Einreden vorbringen könne [2]). In dem Verfahren [3]) muß dem Kläger, wenn Verklagter die Privaturkunden abläugnet, freistehen, ob er vom Exekutivprozesse abstehen, oder vom Verklagten eidliche Abläugnung verlangen will, denn wenn man schon vermöge des Gesetzes die eidliche Abläugnung anordnen wollte, würde Kläger um das Recht gebracht, den Inhalt der Urkunde auf andere Art zu beweisen [4]); auch würden viele Kläger sich scheuen, den Exekutivprozeß zu wagen und

---

[1]) Die hannöv. CPO. §. 478 läßt den Exekutivprozeß bei Forderungen aus zweiseitigen Verträgen ausdrücklich zu: der bayer. Entw. Art. 620 schließt ihn nicht aus, sollte aber die Zulassung aussprechen.

[2]) Die hannöv. CPO. läßt Ergänzung der Beweisantretung im Verhandlungstermine zu, §. 479. Leonhardt, a. a. O. 315 Note 4. Es ist dies bedenklich.

[3]) Der bayer. Entw. Art. 620 verweist nur auf die Vorschriften im beschleunigten Verfahren, was nicht genügen dürfte.

[4]) Eben deshalb wird auch die hannöv. CPO. §. 483 zu weit gehen, wo sie die eidliche Abläugnung bedingt zuläßt und nicht vom Antrage des Klägers abhängig macht.

die ganze Institution des Exekutivprozesses als Unterstützungsmittel für den Kredit wäre geschwächt. Aus demselben Grunde, nämlich um der Unterstützung des Kredites und der Beschleunigung des Verkehres willen, rechtfertigt es sich vollkommen, daß der Berufung oder dem Einspruche keine Suspensivkraft beigelegt wird, wenn der siegende Kläger für den Fall seines Unterliegens in der nächsten Instanz Sicherheit wegen Rückzahlung und Ersatz für Schaden und Kosten leistet [1]).

Der Wechselprozeß hat viele Aehnlichkeit mit dem Exekutivprozesse, doch führt die Natur des Wechsels und die Nothwendigkeit der Beschleunigung auf einzelne Eigenheiten. Mag es nun gleich zur Oekonomie eines Gesetzbuches gehören, Wiederholungen zu vermeiden und auf allgemeine Regeln desselben Gesetzbuches zu verweisen, so scheint es doch in jenen Staaten, wo man besondere Wechselgerichte hat, in welchen auch Nichtjuristen (Kaufleute, Bankiers) Sitz und Stimme haben [2]), diesen Beisitzern zu viel zugemuthet, den größten Theil eines allgemeinen Gesetzbuches und namentlich auch jene Theile desselben zu kennen, und das Verhältniß derselben zum Wechselprozesse zu ermitteln, welche nur mittelbar auf den Wechselprozeß anwendbar sind. Es kann zwar — besonders in einer Periode, wo so Viele sich berufen fühlen, Gesetze zu erläutern und zur Anwendung geeignet zu machen — erwartet werden, daß Kommentar über Kommentar den Technikern zu Hülfe kommen wird, aber eben so gewiß kann man auch erwarten, daß damit Streitfragen (zum Theil noch vor dem Eintritte der Gesetzeskraft des Wechselprozesses) rege gemacht werden und die Praxis, insbesondere der Techniker, in Verwirrung geräth. Es wird wohl rath-

---

[1]) Hannov. CPO. §. 485. Bayer. Entw. Art. 623.

[2]) Wie in Bayern.

sam sein, den Wechselprozeß besonders auszuarbeiten und zu verkünden.

Arrest, Sequestration und Provisorien haben nicht Herstellung eines bleibenden Rechtszustandes, sondern nur Sicherung eines faktischen Zustandes gegen solche Veränderung zum Zwecke, welche die Realisirung eines vor Gericht zu verfolgenden Rechtes vereiteln könnten. Man kann sie deshalb unter der gemeinschaftlichen Benennung „Vorsichtsverfügungen" aufführen [1]). Ein schriftliches Vorverfahren würde der Natur dieser Prozesse widersprechen.

Der Besitzprozeß beruht zwar zum Theile auf der Gefahr, daß bis zum Ausgange des petitorischen Streites das Objekt eine dem Sieger in diesem Streite nachtheilige Veränderung erleiden könnte, zum Theil und vorzüglich aber darauf, daß im Staate jeder faktisch bestehende Zustand, dessen Rechtswidrigkeit nicht klar vorliegt, so lange geschützt und dem Besitzer der Genuß der Sache so lange gelassen werden muß, bis im Wege Rechtens das Unrecht des Besitzers hergestellt ist. Gerade die letztere Beziehung begründet es, daß eigentliche Besitzklagen nur auf Schutz eines gestörten oder doch bedrohten — oder auf Wiedereinsetzung eines entzogenen Besitzes gerichtet sein können. Will Jemand erst einen Besitz erlangen, so kann er nicht auf den Grund eines Besitzes, sondern nur auf den Grund eines Rechtsverhältnisses klagen, welches ihn zu diesem Besitze berechtigt; und ist hiebei eine Gefahr vorhanden, daß bis zum Ausgange des Streites der Gegenstand eine nachtheilige Veränderung erleiden könnte, so ist nicht eine Besitzklage, sondern ein Provisorium das Mittel, jene Gefahr zu beseitigen. Eintheilung

[1]) Dies thut der bayer. Entw. Art. 570. — Die hannöv. CPO. behandelt den Arrestproz. §. 508 fg., die Sequestration §. 524 fg., die Provisorien §. 519 fg. — Der bayer. Entw. den Arrest und die Sequestration Art. 573 fg., die Provisorien Art. 570 fg.

in ordentliche Besitzklagen und Schutz im jüngsten Besitze [1]) dürfte überflüssig sein. Das Verfahren wird künftig kürzer, bedarf also keiner Abkürzung für den jüngst noch stattgehabten Besitz, und wenn Selbsthülfe oder sonst Störung des Rechtszustandes zu besorgen, so gibt es in Fällen des jüngsten Besitzes eben so wie in anderen Fällen Mittel der Staatsgewalt, hiegegen einzuschreiten. Ein schriftliches Vorverfahren würde der Natur eines Besitzprozesses widerstreiten [2]).

Der Handelsprozeß muß in vielen Fällen nothwendig ein schleuniger sein, erfordert besondere Berücksichtigung des Ganges des Handelsverkehres und darf durch ein schriftliches Vorverfahren nicht aufgehalten werden. Er ist aber wesentlich vom Wechselprozesse dadurch verschieden, daß bei ihm, wie bei dem die Regel bildenden Prozeßverfahren, das ganze zur gerichtlichen Verhandlung und Entscheidung gebrachte Rechtsverhältniß entschieden wird, während bei dem Wechselprozesse alle Einreden, welche nicht wechselrechtlich begründet und wechselprozessualisch bewiesen werden können, der besonderen Ausführung vorbehalten werden. Wo besondere auch mit Richtern aus dem Handelsstande besetzte Handelsgerichte sind [3]), da dürfte aus den vorhin bei dem Wechselprozesse angegebenen Gründen die besondere Abfassung und Verkündung des handelsgerichtlichen Prozesses räthlich sein. Wo Wechselprozesse und Handelsprozesse an besondere Gerichte verwiesen sind, da dürfte ein besonderes Prozeßgesetzbuch für beide zusammen zu geben sein.

---

[1]) Wie der bayer. Entw. Art. 610, 614 in Uebereinstimmung mit dem bisherigen Rechte will, die hannöv. CPO. §. 507 aber verwirft.

[2]) Sowohl die hannöv. CPO. §. 506 als der bayer. Entw. 609 (vgl. §. 234) lassen das schriftliche Vorverfahren nicht zu.

[3]) Z. B. in Bayern, wo der Entwurf Art. 530 bis 543 für die Richter aus dem Handelsstande schwer verständlich sein dürfte.

Die Ehestreitigkeiten sind wegen der Wichtigkeit ihres Gegenstandes mit einigen Eigenheiten verbunden. Die Staatsgewalt ist nicht berechtigt, durch ihre Gesetzgebung religiöse Grundsätze aufzustellen, insbesondere nicht berechtigt, die Gründe zu bestimmen, aus welchen nach den Lehren dieser oder jener Religion oder Konfession eine Ehe oder deren Scheidung erlaubt ist: am allerwenigsten können solche Gesetze mit Zuziehung einer Volksvertretung gegeben werden, bei welcher Bekenner verschiedener Religionen oder Konfessionen versammelt sind, von denen keiner berechtigt oder verpflichtet ist, Religionsgrundsätze der anderen Religion oder Konfession mit Wirkung auszusprechen. Aber die Ehe ist ihrer inneren Natur nach ein bürgerlicher Vertrag und die priesterliche Weihe, welche ihrer Schließung beigefügt wird, gibt diesem Vertrage nicht äußerlich (objektiv), sondern nur in den Gewissen der Kontrahenten (subjektiv) eine verstärkende Kraft, gerade so, wie es anerkannten Rechtens ist, daß der Eid, mit welchem ein Versprechen besiegelt wird, kein ungültiges Geschäft gültig machen, sondern nur ein an sich rechtsgültig bestehendes Versprechen subjektiv verstärken kann [1]). Eben darum, weil — wie wir oben schon gesagt — die Ehe von großem Einflusse auf den Staat, auf die sittliche Ordnung in demselben und auf die Erziehung der Kinder und damit auf die künftige Bevölkerung ist, hat die Staatsgewalt das Recht, durch ihre Gesetze Bedingungen der Eingehung der Ehe, z. B. Verbot der Ehen in zu nahen Verwandtschaftsgraden, sowie Regeln und Bedingungen der Ehescheidung festzusetzen. Ist sie nun gleich bei

---

[1]) Fr. 7 §. 16 D. de pactis (2 : 14). Die Ausnahmen des späteren röm. Rechtes und des kanon. Rechtes gehören nicht hieher. S. auch Cod. jur. bav. jud. Cap. 13 §. 7. Preuß. Landr. Thl. I Tit. 5 §. 199. Zeiller, Komment. über das österr. bürg. Gesetzbuch Bd. IV S. 4.

diesen Gesetzen nicht an die Vorschriften dieser oder jener im Staatsgebiete bestehenden Kirche gebunden, hat sie vielmehr vor Allem das Wohl des Staates zu berücksichtigen, so gebietet doch die Gesetzgebungspolitik, nicht ohne Noth sich in Kollision mit dieser oder jener Kirche zu bringen und so weit nur immer möglich alle Scheidungsgründe gelten zu lassen, welche die verschiedenen Religionsgesellschaften anerkennen. So wie nun aber der Staat nicht verbunden ist, die Scheidungsgrundsätze dieser oder jener Religionsgesellschaft durch Gesetze für den bürgerlichen Vertrag anzuerkennen oder allgemein zu machen, so ist auch keine Religionsgesellschaft verbunden, die vom Staate gesetzlich festgestellten Scheidungsgründe als Gründe anzuerkennen, welche ihrer Religion entsprechen, und es muß jeder Kirche erlaubt sein, ihren Genossen diesen oder jenen vom Staate aufgestellten Scheidungsgrund als ihren Religionsgrundsätzen widersprechend und deshalb im Innern des Gewissens unwirksam darzustellen, auch der Wiederverehelichung einer wider ihre Grundsätze geschiedenen Person die kirchliche Weihe zu verweigern. — Aus dem nun entwickelten Verhältnisse des Staates zu den Ehen folgt nun auch das Recht der Staatsgewalt, für Ehestreitigkeiten und insbesondere für Ehescheidungen, so weit vom bürgerlichen Vertrage die Rede ist, Prozeßgesetze zu geben, welche jedoch da keine Anwendung finden, wo — bei Katholiken — der Kirche gestattet ist, die Gerichtsbarkeit in Ehestreitigkeiten auszuüben und namentlich über die Zulässigkeit und Wirkung der Ehescheidung Richterspruch zu erlassen: hier handelt das geistliche Gericht sowohl in der Prozeßführung als in der Entscheidung der Sache selbst nicht als Behörde des Staates, sondern als geistliches Gericht, mithin nach den Gesetzen der Kirche. — In der Prozeßgebung über Ehescheidung[1])

[1]) Der bayer. Entwurf behandelt Art. 544 bis 557 die Ehestreitigkeiten.

hat man Ehezwiste von wirklichen Scheidungsprozessen zu unterscheiden. Erstere können von einsichtsvollen Richtern oft gehoben und damit Scheidungsprozesse verhindert werden, erfordern aber unverzügliche Hülfe und vorsichtiges, zugleich humanes auf Menschenkenntniß beruhendes Benehmen. Vorläufige Einschreitungen (z. B. provisorische Trennung, Entfernung von Personen, welche zu Ehezwistigkeiten Veranlassung sind), Zuziehung des Seelsorgers zu den Vermittelungsversuchen verhindern oft die Scheidung. Bei dem Scheidungsprozesse selbst ist ein schriftliches Vorverfahren unzulässig, weil es Zeit raubt und Veranlassung zur Erhöhung des Unfriedens gibt: Oeffentlichkeit des Verfahrens würde nicht nur Ehestandsgeheimnisse preis geben und der Sittlichkeit widersprechen, sondern auch eine Aussöhnung erschweren; selbst nahe Verwandte und Verschwägerte der Eheleute sind nur mit Beider Zustimmung zuzulassen: Mündlichkeit des Verfahrens ist nothwendig theils zur genauen Ermittelung des Sachverhältnisses, theils zur Erleichterung des Sühneversuches; nur wahre Hindernisse hierin können schriftliches Verfahren rechtfertigen; ernstlicher Sühneversuch mit Zuziehung des Seelsorgers — bei gemischten Ehen beider Seelsorger — ist unerläßlich: dem Staatsanwalte muß, wie oben schon gesagt, im Interesse des Staates Anträge zu stellen erlaubt sein. —

Der Entmündigungsprozeß findet statt gegen Geisteskranke und Verschwender, um ihnen durch Richterspruch das Recht der freien Verfügung über ihre Person und ihr Vermögen zu entziehen und sie unter Kuratel zu stellen. So wichtig ein solcher Akt ist, so auffallend ist es, daß die Gesetzgebung das hiebei nothwendige mit besonderen Abweichungen vom ordentlichen Prozesse verbundene Verfahren in den meisten Staaten nicht regelt[1]). Der Ver-

---

[1]) Nur das französische Prozeßgesetzbuch und die preußische Ge-

fasser hat sich hierüber in einer besonderen Schrift geäußert[1]) und beruft sich hierauf, um Wiederholungen zu vermeiden.

Auch der Todeserklärungsprozeß hat das Schicksal, in den meisten Prozeßgesetzen übergangen oder oberflächlich behandelt zu sein[2]): im Vormundschaftsrechte wird hie und da in Provinzialgesetzen davon gehandelt und dies hat schon zu dem Irrthume verleitet, als ob der Ausspruch, daß Jemand für todt zu erklären (ihm die Eigenschaft als Rechtssubjekt im Staate zu entziehen) und sein Vermögen seinen nächsten Verwandten auszuhändigen sei, als Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit von der Vormundschaftsbehörde ausgehen könne. Bestellung eines Kurators über das Vermögen eines Abwesenden, Sorge für die Verwaltung dieses Vermögens und Forschung, ob und wo der Verschollene noch lebe[3]), gebührt der Vormundschaftsbehörde: handelt es sich aber von Todeserklärung und Vermögenszuerkennung an die Erben, so muß ein Vertreter des Abwesenden gehört und nach kontradiktorischem Verfahren zwischen diesem und den Antragstellern richterlich entschieden werden. Eine Entscheidung hierüber von der Behörde der freiwilligen

---

richtsordnung haben hierüber besondere Bestimmungen. Die hannov. CPO. sagt nur Art. 660, daß da, wo preußische Gerichtsordnung anwendbar, diese zu befolgen. Der bayer. Entw. schweigt.

[1]) Arnold, das gerichtliche Verfahren gegen Geisteskranke und Verschwender. Erlangen, 1861, 8.

[2]) Auch hier macht die preuß. GO. eine Ausnahme. Die hannov. CGO. Art. 660 läßt es bei der preuß. GO., wo solche gilt. Der bayer. Entw. schweigt.

[3]) In dieser Art wird das bayer. Just.-Min.-Reskr. v. 9. Novbr. 1857 aufzufassen sein, indem es die Verschollenheitssachen, so lange kein Kontradiktor vorhanden, als Gegenstand der freiw. Gerichtsbarkeit erklärt. Vergl. meine oben erwähnte Schrift über das Verfahren gegen Geisteskranke, S. 22.

Gerichtsbarkeit ist wegen Mangels der Zuständigkeit nichtig[1]) und muß auf Nichtigkeitsbeschwerde aufgehoben, der Regreß gegen die inkompetente Behörde vorbehalten werden.

Ablehnung des Richters ist eine dem Verfahren und der Entscheidung (oder doch letzterer) vor Gericht in der Hauptsache vorangehende[2]) Handlung, sie mag vom Richter selbst[3]) oder von einer Partei veranlaßt werden. Es ist daher zweckmäßiger, die Gesetze hierüber jenen über Besetzung der Gerichte anzureihen[4]), als von einer besonderen Prozeßart zu sprechen[5]). Das Wesen des Verfahrens ist nämlich hier eine reglementäre Verfügung, nicht aber ein Streit der Parteien über Rechte und Verbindlichkeiten gegeneinander; es kann ein Parteiverfahren nicht gestattet werden, am allerwenigsten mündlich und öffentlich. Zwar soll Niemand seinem ordentlichen Richter entzogen und eben deshalb darf auch ihm der ordentliche Richter nicht entzogen werden: es soll aber durch die Ablehnung nicht das ordentliche Gericht oder die Zahl der zur Besetzung erforderlichen Richter, sondern nur diejenige Person geändert werden, welche als Gerichtsmitglied an sich ein Mitglied des ordentlichen Gerichtes auch in der einzelnen Sache sein könnte,

---

[1]) Wenn man da, wo viele Jahre hindurch die Behörde der freiwilligen Gerichtsbarkeit solche Entscheidungen sich anmaßte, eine observanzmäßige Zuständigkeit dieser Behörde begründet erachtet, so beruht dieses wohl auf der sehr naiven Ansicht, daß fortgesetzte Nichtigkeiten keine Nichtigkeiten sind.

[2]) Auch während der Verhandlung kann sich ein Ablehnungsgrund offenbaren. Nach der Entscheidung kann nicht von Ablehnung, sondern nur von Nichtigkeit die Rede sein.

[3]) Findet ein Richter, daß er direkt oder indirekt bei einer Sache betheiligt ist, so muß er sich selbst der Sache entschlagen.

[4]) Wie die hannov. CPO. §. 21 ff. thut.

[5]) Wie der bayerische Entwurf Art. 558 und Code de proc. Art. 378 ff.

aber aus besonderen Gründen (Betheiligung, vermuthliche Befangenheit) nicht Richter sein kann. Hier muß das Gesetz gestatten und befehlen, daß eine andere Richterperson mit dieser Sache beauftragt werde, weil Niemanden ein Richter aufgedrungen werden kann, dem das erforderliche Vertrauen fehlt, und der Gegner auf einen Richter kein Recht hat, der zu seinen Gunsten befangen sein könnte. So wenig nun Ablehnungen zu entsprechen ist, welche auf Muthwillen oder Chikane beruhen, so wenig darf man in den Erfordernissen allzustrenge sein. Gegen die Abweisungen des Gesuches muß dem Ablehnenden eine Beschwerde, jedoch nur an die nächste Instanz, zustehen: gegen die Gewährung steht weder dem Gegner, noch dem abgelehnten Richter ein Recht zu [1]): ersterem nicht, weil er kein Recht auf einen Richter hat, welchem die erforderliche Unbefangenheit nicht zugetraut wird und den er durch seine Beschwerde leicht selbst verdächtigt; letzterem nicht, weil ihm kein Recht zusteht, in einem bestimmten Rechtsstreite Richter zu sein, weil ferner die Ablehnung an sich [2]) seiner Amtsehre nicht nachtheilig ist, übrigens ein ehrliebender Richter sich nicht aufdringen wird und gerade sein Bestreben, Richter in der Sache zu bleiben, kein Zeichen von Unbefangenheit wäre. Wollte er sich aber nur beschweren, um durch ein abänderndes Erkenntniß den Ungrund der Ablehnung dargethan zu sehen, dann aber sich freiwillig des Richteramtes in dieser Sache entschlagen wollen, so würde er um seines Interesses willen den Gang des Rechtsstreites zum Nachtheile der Parteien aufhalten, was der Gesetzgeber nicht zugeben darf.

---

[1]) Ganz richtig in der hannov. CPO. §. 26 und im bayer. Entw. Art. 566.

[2]) Die Ablehnung kann aus Gründen geschehen, welche der Amtsehre nachtheilig sind: dann muß Untersuchung von Amtswegen, eventuell auf Antrag des Abgelehnten eintreten.

Der Provokationsprozeß hat nicht die Aufgabe, einen Rechtsstreit unmittelbar zur Entscheidung, sondern nur ihn zur gerichtlichen Verhandlung zu bringen, damit er in dieser zur Entscheidung gelange, oder wenn der Provokat seine allenfallsigen Ansprüche binnen bestimmter Frist vor Gericht nicht verfolgt, ihm die Rechtshülfe wegen solcher nicht mehr zu Theil werde, es mögen diese Ansprüche gegründet sein oder nicht. Der Ausspruch im Provokationsprozesse, daß der Provokat, welcher die ihm zur gerichtlichen Verfolgung seiner Ansprüche gegebene Frist versäumt, damit nicht mehr gehört werden soll[1]), oder daß die Einreden aufrecht erhalten werden[2]), kann der Natur der Sache nach nur von dem Richter geschehen, bei welchem Provokat seine Rechte verfolgen könnte, d. h. von dem in der Hauptsache zuständigen Richter, mit anderen Worten, von dem Gerichte des Provokanten, also bei dinglichen Klagen von dem Gerichte der gelegenen Sache, bei persönlichen Klagen in der Regel von dem Gerichte des Domizils des Provokanten, und wenn dem Kläger die Wahl zwischen zwei Gerichten zusteht, z. B. zwischen dem des Domizils und dem des Kontraktes, so wird man auch dem Provokanten die Wahl lassen müssen. Die Rechtsregel: Actor sequitur forum rei, kann nicht bewirken, daß der Provokant im Gerichte des Aufgeforderten provoziren müsse[3]); im Gegentheil, gerade dadurch würde

---

[1]) Der bayer. Entw. Art. 605 will, wie die hannov. CPO. das Präjudiz, daß „das Klagerecht für erloschen erklärt werde." Allein wenn das Klagerecht gar nicht begründet ist, so kann man von einem Erlöschen nicht sprechen.

[2]) Hiefür hat der bayer. Entw. kein Präjudiz, wohl aber die hannov. CPO. §. 496.

[3]) Wie der bayer. Entw. Art. 605 will. Zum Theil richtiger ist §. 493 der hannov. CPO. Die französ. Vorschriften darf man hier nicht anwenden, denn dort sind statt der Provokationen nur wirkliche Klagen gestattet.

die Rechtsregel umgekehrt, denn dann müßte in der Hauptsache der actor in foro actoris klagen, oder es müßte gegen die Grundsätze über Konnexität[1]) die Hauptsache in einem anderen Gerichte verhandelt und entschieden werden, als die Provokationssache. Als präparatorisches Verfahren, in welchem die Sache selbst weder verhandelt, noch entschieden wird, ist hier weder Vorverfahren noch Mündlichkeit zulässig.

Ediktalladungen an unbekannte Prätendenten sind den Provokationen ähnlich, können aber nur ausnahmsweise zugelassen und müssen nach Verschiedenheit ihrer Natur gesetzlich geregelt werden; gesetzlich sollte festgestellt werden, daß sie nur stattfinden, wo das Gesetz sie zuläßt, indem es eine Belästigung derjenigen wäre, welchen ein Recht zusteht, wenn sie immer vigiliren und öffentliche Blätter, die ihnen nicht immer zu Gebote stehen oder doch unerschwingliche Kosten veranlassen würden, lesen sollten, um zu wissen, ob ihr Recht oder ihre Forderung nicht durch eine Ediktalladung bedroht ist.

Beweis zum ewigen Gedächtnisse[2]), sowohl Zeugenverhör als Urkundenproduktion und Augenschein, muß stattfinden können, wenn ein erhebliches Beweismittel verloren gehen könnte, namentlich wenn Zeugen alt oder krank sind, oder wenn alte Urkunden durch noch längeren Zeitverlauf unleserlich werden oder die durch Augenschein er=

---

[1]) S. z. B. bayer. Entw. Art. 19.

[2]) Der bayerische Entwurf Art. 296 ff. und die hannov. CPO. §. 244 ff. stellen die Lehre vom Beweise zum ewigen Gedächtnisse zum Beweisverfahren im Prozesse. Es kann aber schon vor dem Prozesse solche Beweisaufnahme begründet sein und deshalb ist eine besondere Stellung um so zweckmäßiger, als dann damit Art. 631 ff. über Anerkennung von Privaturkunden verbunden werden kann.

kennbaren Merkmale verschwinden könnten, ehe die förmliche Beweisführung durch solche dem gesetzlichen Prozeßgange gemäß möglich ist. Namentlich muß solche Beweisaufnahme schon während des schriftlichen Vorverfahrens stattfinden können. In der Regel wird der Antragsteller, wenn auch der Rechtsstreit, in welchem er das Beweismittel nothwendig haben wird, noch nicht begonnen hat, doch wissen, gegen wen und vor welchem Gerichte er das Beweismittel brauchen wird: in der Regel wird also das Gesuch bei diesem Richter zu stellen sein. Wenn aber jener Fall nicht vorhanden oder wenn Gefahr auf dem Verzuge haftet, wird jedes Gericht um diese Beweisaufnahme gebeten werden können. Begründung des Gesuches ist erforderlich, nicht aber besondere Bescheinigung, theils weil die Gefahr des Verlustes durch die Gründe des Gesuches angegeben werden und die Beweisaufnahme hierüber Aufschluß gibt, theils weil dem Gegner kein Nachtheil zugefügt werden kann, vielmehr ihm freisteht, über die Art der Beweisaufnahme ebenfalls Vorschläge zu machen und seiner Zeit alle Einwendungen, namentlich die der Unerheblichkeit und der Unvollständigkeit der Beweisaufnahme, vorzubringen. Ueber das Gesuch kann Verhandlung mit dem Gegner nicht eingeleitet werden, theils aus dem eben erwähnten Grunde, theils um nicht über die Verhandlung die Beweisaufnahme zu versäumen. Ist der Gegner schon bekannt, so muß er zur Beweisaufnahme beigeladen werden.

XIX.

Urtheil.

Während nach dem bisher in Deutschland herrschenden gemeinen Civilprozesse der Grundsatz: Quod non est in actis, non est in mundo, die Urtheilssprechung jedem Richter möglich war, welcher die Akten kannte, geht hierin eine große Veränderung vor, wenn die Mündlichkeit herr-

schendes Prinzip wird, denn dann muß der Grundsatz lauten: wer die mündliche Verhandlung nicht angehört hat, kann in der Sache kein Urtheil sprechen[1]). Dieser Grundsatz gilt nicht nur bei dem Verfahren vor Einzelnrichtern, er gilt auch bei Sachen, welche vor einem Kollegium verhandelt werden, von jedem der Richter, welche das Kollegium bildeten, vor welchem die Sache verhandelt wurde. Es geht durchaus nicht an, daß bei solchem Kollegium, wenn nach der Verhandlung und vor dem Urtheile einer der Richter krank oder sonst verhindert wird, an der Urtheilsschöpfung Theil zu nehmen, ein anderer Richter für ihn eintrete und auf den Grund der ihm durch die übrigen Richter mitgetheilten Verhandlungen zu dem Urtheile mitwirke: es muß in solchem Falle die Verhandlung vor einem abermals vollständig besetzten Gerichte wiederholt werden. Verschieden hievon ist, wenn während der Verhandlung und wenn diese nur so weit vorgeschritten ist, daß das Verhandelte leicht mitgetheilt werden kann, einer der Richter austreten muß, ein anderer Richter dafür eintritt, diesem das bisher Verhandelte (allenfalls durch den Vorsitzenden) in Gegenwart der Parteien und ihrer Anwälte mitgetheilt wird und diese die Vollständigkeit und Richtigkeit des Mitgetheilten anerkennen und auf eine Wiederholung dieses Theiles der Verhandlung verzichten: denn dann hat der neu eingetretene Richter auch diesen Theil der Verhandlung durch die mündliche Verhandlung vernommen und die Parteien sind überzeugt, daß auch dieser Richter von dem thatsächlichen Verhältnisse vollständig unterrichtet ist.

Daß die Richter bei der Berathung und Abstimmung Niemand, auch nicht einmal den verpflichteten Gerichtsschrei-

---

[1]) Bayer. Entw. Art. 237.

ber, zuzulassen haben [1]), sichert die Unbefangenheit der Urtheilenden: aber eben deswegen ist es nothwendig, daß das Urtheil von allen Richtern unterschrieben werde [2]). Auch hier kann der Zufall (Tod, Krankheit) hindernd eintreten. So viel möglich, ist zu sorgen, daß das Urtheil noch in derselben Sitzung unterschrieben werde, in welcher es beschlossen wurde: in vielen Fällen kann das Mitglied, welches die Vorverhandlungsakten kennt oder bei der Berathung den Vortrag erstattet, den Entwurf mitbringen und der Gesetzgeber kann bestimmen, daß, wenn nur das Urtheil selbst ohne die Entscheidungsgründe unterschrieben ist, im Falle nachheriger Verhinderung eines Richters oder der Minderzahl der Richter die Unterschrift der Entscheidungsgründe durch die übrigen Richter genügt. Eine förmliche von allen Richtern unterschriebene Ausfertigung des Urtheiles mit Gründen muß als Regel gefordert werden und wenn die Unterschrift aller Richter nicht mehr möglich ist, gehört eine desfallsige Bemerkung in die Ausfertigung.

Die Urtheilsverkündung muß in öffentlicher Sitzung in Gegenwart aller Richter geschehen, welche dadurch faktisch beurkunden, daß das Urtheil in dieser Art beschlossen wurde [3]). Auch hier muß in wahren Verhinderungsfällen, welche bei der Verkündung bekannt zu machen, die Mehrheit der Richter genügen. Ob das Urtheil einstimmig oder durch Stimmenmehrheit beschlossen wurde, muß Amtsgeheimniß bleiben, damit nicht der Unterliegende durch solche Veröffentlichung zur Berufung veranlaßt werde.

Was nun die Berathung und Abstimmung selbst

---

1) Hannöv. CPO. §. 349. Bayer. Entw. Art. 247.

2) Hannöv. CPO. §. 355. Entgegengesetzt bayer. Entw. Art. 254, welcher dann (wie in Frankreich) den Gerichtsschreiber unterschreiben läßt. Dieser aber war nicht bei der Beschlußfassung.

3) Bayer. Entw. Art. 252.

betrifft, so muß sie, wenn sie nicht sogleich möglich ist, doch bald möglichst stattfinden, damit die Verhandlung jedem Richter noch im Gedächtnisse ist[1]). Ohne vorherige Berathung darf keine Abstimmung stattfinden, es wäre denn, daß die Sache so einfach, daß eine Berathung ganz überflüssig ist. Der Vorsitzende muß ausdrücklich angewiesen werden, dafür zu wachen, daß jeder irgend erhebliche Punkt berathen werde: es ist dies besonders in jenen Staaten anzuordnen, wo nach alter Sitte der Vorsitzende als Automat stumm da sitzt, bis er das Konklusum ausspricht oder bis er bei Stimmengleichheit entscheidet und wo oft die das Recht gefährdende Unsitte damit verbunden ist, daß der Vorsitzende nur zur Abstimmung treibt, um als guter Hetzmeister und Nummernjäger zu gelten. Der Vorsitzende muß an der Debatte Theil nehmen dürfen, thut aber wohl, wenn er zuerst nur die Berathung leitet, die Fragen andeutet und seine Ansicht erst äußert, wenn sich schon Stimmen über die Frage haben vernehmen lassen: schüchterne Richter wenden sich leicht zur Ansicht des Vorstandes, besonders wenn dieser nicht dafür bekannt ist, daß er Widerspruch ertragen kann. Bei der Abstimmung ist es höchst zweckmäßig, daß nach dem Referenten der (nach der Anziennität im Kollegium) jüngste Richter beginnt und dann immer der nächst ältere votirt, also der Vorsitzende zuletzt[2]). Die Abstimmung vom ältesten Richter an bis zum jüngsten[3]) hat — wie der Verfasser, welcher beide Methoden aus Erfahrung kennt — die Gefahr im Gefolge, daß die älteren Richter, wenn sie einmal ihre Ansicht geäußert, nicht gerne der entgegengesetzten Ansicht der jüngeren nachgeben, während die jüngeren weit leichter die bessere Ansicht der älteren anerkennen.

---

[1]) Hannöv. Entw. §. 343. Bayer. Entw. Art. 237.

[2]) Bayer. Entw. Art. 248.

[3]) Wie nach hannöv. CPO. §. 349.

Daß bei Gleichheit der Stimmen die des Vorsitzenden den Ausschlag gibt, ist schon arithmetisch begründet: wie aber in dem Falle der Theilung der Stimmen in mehr als zwei Ansichten, wovon keine durch Beitritt des Vorsitzenden die absolute Mehrheit erlangen kann, der Beschluß zu fassen ist, darüber herrschen verschiedene Ansichten. Eine Wiederholung der Verhandlung unter Zuziehung noch mehrerer Richter zu den bisherigen[1]) ist nicht zu billigen: nicht nur veranlaßt dies nochmaligen Aufwand an Zeit und Kosten, sondern es schwächt auch das Ansehen jener Richter, welche der ersten Verhandlung beiwohnten, und wer bürgt denn dafür, daß das verstärkte Gericht nicht ebenfalls in solche Lage kommt, oder daß sein Urtheil ein untrügliches ist? Die eine Minderheit zu zwingen, einer anderen Minderheit beizutreten[2]), widerspricht der Unabhängigkeit des Richteramtes: besser ist, statt dieses Beitretens ein Beizählen der Stimmen anzuordnen. Die Entscheidungsgründe müssen das Thatsächliche der Verhandlung und der Beweisaufnahme, insbesondere der nur mündlich erhobenen Zeugenaussagen, so weit es erheblich ist und dem Urtheile zu Grunde gelegt wurde, in gedrängter Kürze enthalten, theils um als Anhaltspunkt in der höheren Instanz zu dienen, theils um in Zukunft genau zu wissen, welcher Gegenstand entschieden ist und um, wenn bei einem neuen Streite von der exceptio rei judicatae die Rede ist, das Urtheil hierüber zu erleichtern. Die rechtliche Ausführung soll kurz, aber vollständig sein und die Gesetze allegiren, welche angewendet wurden: der Wortlaut der Gesetze ist nur dann und nur so weit einzurücken, wenn und so weit es auf deren Auslegung ankommt. Die Fassung der Entscheidungsgründe liegt den Richtern ob, welche das Urtheil erlassen haben

---

1) So hannöv. §. 351. Bayer. Entw. Art. 250.

2) Hannöv. § 351. Bayer. Entw. Art. 249.

und es ist hiezu vom Vorsitzenden, wenn er nicht selbst sich dem Geschäfte unterzieht, ein Vortragender zu ernennen. Wegen des Thatsächlichen in den Gründen vorerst die Parteien zu hören [1]), ist eine Weitläufigkeit, welche Zeit raubt, Kosten veranlaßt und die Richter doch nicht veranlassen kann, das Thatsächliche in anderer Art darzustellen, als sie es aufgefaßt haben.

XX.

Nichtigkeit.

Wenn dem Obergerichte ein Urtheil oder ein Verfahren der vorigen Instanz zur Entscheidung vorgelegt wird, sei es nun im Wege der Nichtigkeitsbeschwerde oder auch ohne diese im Wege der Berufung, so prüft es, ob dieses Urtheil oder Verfahren, abgesehen von der Richtigkeit oder Uebereinstimmung der Entscheidung mit den Gesetzen, überhaupt gültig sei und die Rechtskraft beschreiten könne: es schickt diese Prüfung der Prüfung der Berufungsbeschwerden voran, weil im Falle einer unheilbaren Nichtigkeit es nicht darauf ankommt, ob der vorige Richter außerdem in der Sache richtig oder unrichtig gehandelt und entschieden habe; es vernichtet das Verfahren und das Urtheil des vorigen Richters. Demungeachtet ist man gewohnt, in Gesetzbüchern und Lehrbüchern die Berufung vor der Nichtigkeitsbeschwerde zu behandeln, im deutschen Prozesse, weil die Nichtigkeitsbeschwerde als außerordentliches Rechtsmittel dem ordentlichen Rechts-

---

[1]) Im französ. Prozesse herrscht die sonderbare Einrichtung, daß die Entscheidungsgründe nebst Angabe der Namen der Parteien und Anwälte (die sogenannten Qualitäten) nur ausgefertigt werden, wenn eine Ausfertigung des Urtheiles verlangt wird, und daß derjenige, der die Ausfertigung verlangt, den Entwurf fertigt und dem Anwalte des Gegners zur Erinnerung zustellen läßt. Belgien und Genf haben dieses nicht nachgeahmt.

mittel der Berufung nachzustehen habe; im französischen Prozesse, weil vorzüglich der Kassationshof berufen ist, über die Nichtigkeitsbeschwerden zu urtheilen. Wir halten diese Stellung für unrichtig: sie wäre nur richtig, wenn ein Urtheil oder Verfahren nur dann der Vernichtung unterworfen wäre, wenn in letzter Instanz darüber bereits erkannt oder wenn es sonst rechtskräftig wäre, während doch nach deutschem wie nach französischem Prozesse auch die Appellationsgerichte zum Ausspruche der Nichtigkeit berechtigt sind. Eben deshalb aber, weil sie hiezu verpflichtet sind, ehe sie die Berufung prüfen, sollte ihnen das Gesetzbuch die Regeln hiefür vor jenen über die Berufung geben. Wo man einen Kassationshof aufstellt, da sind dann nur noch die besonderen Regeln für diesen zu geben und nur diese besonderen Regeln gehören nach jenen über die Berufung.

Die sogenannten heilbaren Nichtigkeiten sind keine wahren Nichtigkeiten, sondern nur Gegenstände einer Berufung.

Wahre Nichtigkeiten sind nur dann vom Richter begangen[1]),

A. wenn er in einer Sache urtheilt, über welche ihm eine Gerichtsbarkeit nicht zusteht.

Die Fälle dieser Art sind: 1) wenn die Sache gar nicht in das Gebiet des Privatrechtes gehört; 2) wenn die Sache zwar ein Privatrecht zum Gegenstande hat, aber Rechtsstreitigkeiten dieser Art diesem Gerichte nicht überwiesen sind, a) wenn sie einer anderen Klasse von Gerichten überwiesen sind, z. B. wenn das ordentliche Gericht einen Wechselprozeß oder das Wechselgericht eine andere als eine Wechselprozeßsache entscheidet, b) wenn das Gericht zwar für Streitigkeiten solcher Art zuständig ist, dieser Streit aber nicht

---

[1]) Es ist zu wünschen, daß die Gesetze die einzelnen Nichtigkeitsgründe möglichst in systematischer Ordnung aufführen. Vergl. hannöv. CPO. §. 431. Bayer. Entw. Art. 734.

in seinen Gerichtssprengel gehört und auch keine Prorogation oder Delegation eingetreten ist, c) wenn ein delegirtes Gericht den Umfang der Delegation überschreitet, in welchem Falle jedoch nur die Ueberschreitung nichtig ist.

Wahre Nichtigkeit ist auch vorhanden,

B. wenn das Gericht nicht nach gesetzlicher Vorschrift besetzt war, oder wenn einer der den Senat bildenden Richter der ganzen Verhandlung nicht beigewohnt hat.

Ferner

C. wenn der Richter oder einer derselben in der Sache das Richteramt zu üben nicht berechtigt war.

Hieher gehört 1) Betheiligung des Richters bei der Sache; 2) ein Verhältniß desselben zu einer der Parteien, daß er sich des Richteramtes in dieser Sache hätte entschlagen sollen; 3) wenn der Richter das Richteramt zu einer Zeit geübt, wo ihm oder dem Gerichte ein Ablehnungsgesuch gegen ihn bekannt, solches aber noch nicht abgewiesen war; 4) wenn der Richter oder einer derselben von einer Partei oder in Beziehung auf die Sache von einem Dritten bestochen war.

Nichtigkeit liegt ferner vor,

D. wenn gegen eine Partei oder eine dritte Person verfahren oder entschieden war, ohne ihr die gesetzlich zustehende Vertheidigung zu gestatten.

Dieses kann nicht nur geschehen sein, wenn das rechtliche Gehör gar nicht gestattet war[1]), sondern auch dann, wenn es zwar gestattet, die Partei oder der Dritte aber nicht berechtigt oder fähig war, sich selbst zu vertreten und auch nicht durch einen zulässigen Vertreter vertreten wurde.

---

[1]) Unvollständige Gestattung des rechtlichen Gehöres kann kein Nichtigkeitsgrund sein, so weit eine Berufung möglich war, mittelst welcher in der höheren Instanz neue Thatsachen und Beweise vorgebracht werden konnten.

Zu den unheilbaren Nichtigkeiten gehört auch

E. Nichtbeachtung wesentlich erforderlicher Formen.

Diese Nichtbeachtung kann begangen sein: 1) wenn die gesetzlich vorgeschriebene Oeffentlichkeit des Verfahrens nicht stattfand; 2) wenn gegen gesetzliches Gebot dem Urtheile keine Entscheidungsgründe beigefügt wurden; 3) wenn die Entscheidung wegen Dunkelheit oder Unbestimmtheit unverständlich ist und derselben durch Erläuterung nicht nachgeholfen werden kann.

Eine unheilbare Nichtigkeit liegt auch darin, daß

F. das Erkenntniß mit einer früher über denselben Gegenstand und dasselbe Rechtsverhältniß unter denselben Parteien rechtskräftig ergangenen Entscheidung im Widerspruche steht (contra rem judicatam erlassen ist). —

Andere Nichtigkeitsgründe, welche im französischen Prozesse vorkommen und hie und da in Deutschland aufgenommen sind, können wir nicht billigen. Ueber Nichtigkeit wegen Verletzung des Gesetzes und über den Kassationshof werden wir im Abschnitte XXII handeln. Hat ein Gericht in seinem Urtheile eine nicht zugestandene Thatsache für zugestanden oder eine nicht abgeläugnete Thatsache für abgeläugnet angenommen oder hat es mehr als gebeten war oder in höherer Instanz gegen die Berufungsanträge erkannt, so sind dieses richterliche Irrthümer, welche im Wege der Berufung zu heben sind, und wo eine höhere Instanz nicht angerufen werden kann, aber ein Kassationshof errichtet ist, da kann man solche Irrthümer doch nicht als Nichtigkeiten, sondern höchstens deshalb dorthin verweisen, weil man gegen auffallende richterliche Verirrungen doch ein Rechtsmittel gewähren will. Es ist aber dieses um so bedenklicher, als man in neuerer Zeit einsieht, daß man bisher öfters ein Erkenntniß als ultra petita oder in pejus erlassen ange-

sehen hat, welches in der That solches nicht war[1]), übrigens aber auch der Kassationshof in seinem Urtheile irren kann. Wenn endlich ein Gericht sich in einer Sache für unzuständig erklärt hat, obgleich es zuständig war, so hat es an sich zuständig gehandelt, denn es war zur Prüfung seiner Zuständigkeit berechtigt und verpflichtet: hat es in dieser Prüfung geirrt und irrthümlich seine Unzuständigkeit ausgesprochen, so hat es keine Nichtigkeit begangen, sondern sein Irrthum ist im Wege der Berufung, eventuell des Kompetenzkonfliktes zu heben. Die Gesetzgebung hat nur dafür zu sorgen, daß ein solcher Ausspruch nicht rechtskräftig und dadurch eine Partei rechtlos werden könne.

Da jedes Obergericht berechtigt und verpflichtet ist, bei jeder an dasselbe im Wege der Berufung gebrachten Streitsache zu prüfen, ob keine unheilbare Nichtigkeit begangen wurde, so kann es keinem Bedenken unterliegen, auch nach eingetretener Rechtskraft die Nichtigkeitsbeschwerde an das nächste Obergericht zu verweisen, und es bedarf hiezu keines Kassationshofes, selbst dann nicht, wenn die Nichtigkeit in dritter Instanz begangen wurde, denn man kann für solchen Fall die Sache an einen anderen Senat desselben Gerichtshofes verweisen[2]).

Eine kürzere Frist zur Einreichung der Nichtigkeitsbeschwerde als die dreißigjährige des gemeinen deutschen Prozesses ist nothwendig zur Sicherung des Rechtszustandes. Allein die Frist zur Beschwerde gegen rechtskräftige Urtheile dürfte doch etwas länger als die Berufungsfrist festzusetzen sein, theils weil manche Nichtigkeitsgründe sich später entdecken können, theils weil eine Suspensivwirkung der Nichtigkeitsbeschwerde nur bei hoher Wahrscheinlichkeit des Nich-

---

[1]) Vergl. Wetzell, a. a. O. S. 584 f. 589 f.

[2]) In dieser Art verordnet die hannöv. CPO. §. 433.

tigkeitsgrundes und der Gefahr unersetzlichen Verlustes gestattet werden darf[1]).

Die Nichtigkeitsbeschwerde ist dem Gegner zuzustellen und dem Gerichte, gegen dessen Erkenntniß sie gerichtet ist, anzuzeigen. Sie wird seiner Zeit (ähnlich wie die Berufung) dem Obergerichte angemeldet und dort nach mündlicher öffentlicher Verhandlung entschieden.

Nach französischem Prozesse muß der Nichtigkeitskläger sogleich eine bedeutende Geldsumme hinterlegen, welche im Falle seines Unterliegens als Strafe verfällt[2]). Wenn man alle Nichtigkeitsbeschwerden gegen rechtskräftige Erkenntnisse einem einzigen Kassationshofe zutheilt, so ist es sehr natürlich, diesen gegen Ueberhäufung von Geschäften möglichst schützen zu wollen. Immer aber bleibt es eine widrige Erscheinung, dem, welcher die Rechtshülfe des Staates sucht, durch Drohung mit Strafe für den Fall nicht blos des Streitmuthwillens, sondern auch des Irrthumes zurückzuschrecken. Wird der Nichtigkeitsbeschwerde in der Regel keine Suspensivkraft beigelegt, so wird sie schon an sich nicht leicht ergriffen, und höchstens rechtfertigt es sich, wenn erst im Urtheile im Falle offenbaren Streitmuthwillens auf Geld- eventuell Gefängnißstrafe erkannt wird.

Ist die Nichtigkeitsbeschwerde gegründet oder findet der Richter selbst eine Nichtigkeit, so wird das angegriffene Urtheil vernichtet. Geschieht die Vernichtung, weil das vorige Gericht gar nicht zuständig war, so wird ganz einfach die Nichtigkeit ausgesprochen und eine Verweisung an ein anderes Gericht hat selbst dann nicht statt, wenn ein anderes Gericht zuständig wäre[3]), denn es darf weder dem Kläger

---

[1]) Kurz scheinen die Fristen in der hannöv. CPO. §. 434 und im bayer. Entw. Art. 740.

[2]) Ges. v. 2. Brumaire Jahr IV.

[3]) Die hannöv. CPO. §. 440 und der bayer. Entw. Art. 756 wollen Verweisung an das zuständige Gericht.

in seinem Entschlusse, ob und bei welchem Gerichte er nun klagen will, noch dem Gerichte, an welches er sich nun wendet, in der Entscheidung vorgegriffen werden, ob es sich für zuständig erachte. Geschieht die Vernichtung eines Erkenntnisses, weil es contra rem judicatam erlassen war, so kann von einer Verweisung an ein anderes Gericht die Rede gar nicht sein, eben weil die Sache schon rechtskräftig entschieden ist. In den übrigen Fällen ist die Sache bei dem zuständigen Gerichte zu lassen, soferne es, wenn die Vernichtung wegen Betheiligung von Richtern geschah, noch mit der gehörigen Richterzahl besetzt ist und nicht andere gesetzliche Gründe die Verweisung an ein anderes Gericht nothwendig machen, welche dann auszusprechen ist.

XXI.

Berufung.

Daß die Rechtsprechung nicht einer Instanz allein anzuvertrauen, daß Berufung an einen höheren Richter zuzulassen ist, hierüber herrscht in keiner Gesetzgebung Zweifel und es begründet hieran keinen Unterschied, es mag das Verfahren wie bisher in Deutschland ein schriftliches oder, wie vorzüglich in Frankreich, ein mündliches sein. Aber bei dem mündlichen Verfahren begegnet uns im Civilprozesse dieselbe Schwierigkeit, welche wir bereits im Strafprozesse aus Erfahrung kennen und worüber die verschiedensten Ansichten geäußert worden sind. Die Nothwendigkeit des Rechtes zur Berufung läßt sich nicht bestreiten, wenn man nicht die Behauptung aufstellen will, man könne Richter finden, welche frei sind vom Irrthume. Da man nun diese Richter nicht findet, so muß man zugeben, daß, wenn auch die Berufung ihre Mängel hat, doch ein Rechtsmittel, welches, wie die Erfahrung lehrt, in sehr vielen Fällen den Irrthümern der vorigen Instanz abhilft, weit vorzuziehen ist einem Zustande

der Rechtlosigkeit gegen solche Irrthümer. Die Schwierigkeit des Rechtsmittels der Berufung bei dem mündlichen Verfahren wird darin gesucht, daß das mündliche Wort verhallt, die Aufzeichnungen in der Sitzung nicht immer vollständig, nicht immer ganz zuverlässig sind, die höhere Instanz, welcher das in erster Instanz Vorgekommene nicht ganz zuverlässig reproduzirt werden kann, die Richtigkeit des Urtheils voriger Instanz nicht prüfen kann, eine Wiederholung der Verhandlung in der folgenden Instanz aber nicht nur Zeit und Kosten raubt, sondern auch durch Tod und andere Zufälle unmöglich werden kann [1]). Vor Allem darf man nicht außer Acht lassen, daß die Aufgabe der höheren Instanz nicht auf die Prüfung beschränkt ist, ob der vorige Richter nach dem, was ihm vorgetragen wurde, richtig geurtheilt habe, sondern die Frage gelöst werden soll, ob das Urtheil der vorigen Instanz das streitige Rechtsverhältniß, welches dem vorigen Richter zur Entscheidung vorgelegt war, richtig entschieden habe; daß demnach Unvollständigkeiten oder Unrichtigkeiten, welche von den Parteien und Anwälten in den gerichtlichen Verhandlungen erster Instanz oder vom Richter in der Auffassung dieser Verhandlungen begangen wurden, das Recht nicht beugen, ein auf solche Mängel gebautes Urtheil nicht rechtfertigen können, mithin das, was in voriger Instanz mündlich verhandelt worden, die alleinige Grundlage der oberrichterlichen Prüfung nicht sein kann. In der höheren Instanz sind neue Thatsachen, Beweismittel und Rechtsdeduktionen zulässig, wenn nur dadurch das der Entscheidung des Richters erster Instanz vorgelegte Rechtsverhältniß keine wesentliche Aenderung erleidet [2]). Daß auf diese Weise weder das

---

[1]) Neueste Schrift für den Strafprozeß: Schwarze, die zweite Instanz im mündlichen Strafverfahren. Wien, 1862, 8.

[2]) Hannöv. CPO. §. 417, 418. Bayer. Entw. Art. 675.

Vertheidigungsrecht des Gegners gefährdet, noch dem Gegner, wenn er unterliegt, eine Vermehrung der Kosten wegen der durch neues Vorbringen nicht von ihm veranlaßten Verhandlungen treffen, hiefür hat die Gesetzgebung zu sorgen[1]). Die Aufzeichnung des bei der mündlichen Verhandlung in der vorigen Instanz Vorgekommenen und die Feststellung des Thatsächlichen in den Entscheidungsgründen sind deshalb nicht von geringerer Wichtigkeit, und der Gesetzgeber wie die oberen Behörden haben zu sorgen und zu wachen, daß hiebei die möglichste Genauigkeit beobachtet werde. Es wird nämlich dadurch und durch die Verhandlungen des schriftlichen Vorverfahrens (wo dieses stattfand) festgestellt, welches thatsächliche und rechtliche Verhältniß in erster Instanz den Streitgegenstand bildete und in den höheren Instanzen keine wesentliche Veränderung erleiden darf. Es dienen ferner jene Aufzeichnungen, Vorverhandlungen und Entscheidungsgründe und wenn schon in voriger Instanz schriftliche Aufzeichnungen z. B. Urkunden, Zeugenverhöre und Augenscheinsprotokolle vorgelesen werden mußten, auch diese dazu, in der höheren Instanz eine vollständige oder wiederholte Erhebung des Thatsächlichen und damit die Kosten solcher Ausdehnung der Verhandlung überflüssig zu machen, indem nur die allenfalls erforderlichen Berichtigungen und neuen Erhebungen außer dem Vortrage des in voriger Instanz Verhandelten nothwendig sind und darauf die beiderseitigen Deduktionen gegründet werden können. Wende man nicht ein, daß auf diese Weise die Verhandlungen der höheren Instanzen nur theilweise ein mündliches Verfahren sind. Ein durchaus mündliches Verfahren kommt in gar vielen Civilstreitsachen (ebenso in Strafsachen) selbst in erster Instanz nicht vor: es müssen oft Urkunden, Augenscheinsprotokolle, Aussagen inzwischen verstorbener oder im fernen Auslande befindlicher

---

[1]) Hannöv. CPO. §. 427. Bayer. Entw. Art. 676.

Zeugen u. s. w. vorgelesen werden, ohne daß man den Einwand machen könnte, daß die Verhandlung keine mündliche (unmittelbare) sei: in der höheren Instanz handelt es sich nur um ein Mehr dieses Vorlesens und dieses hat, wie der Vortrag und dann die Deduktionen der Anwälte, mündlich und unmittelbar vor versammeltem Gerichte statt. Wahr ist, daß zuweilen in der höheren Instanz so manches Beweismittel nicht mehr erhoben oder vollständiger erhoben werden kann, weil es inzwischen zu Verlust gegangen ist; allein das ist auch beim schriftlichen Verfahren möglich, kann ja schon vor der Verhandlung erster Instanz eingetreten sein und steht der Zulässigkeit einer Berufung bei dem mündlichen Verfahren nicht im Geringsten entgegen.

Die Berufung muß zulässig sein gegen jeden beschwerenden Ausspruch des Richters: allein wenn über jede einzelne beschwerende richterliche Verfügung ein besonderes Berufungsverfahren gestattet würde, so würden, wie die Erfahrung gelehrt hat, die Prozesse nur in sehr später Zeit und meist nach unverhältnißmäßigem Kostenaufwande zum Ende gelangen. Wenn daher auch der Grundsatz, daß die Summe der Rechtsmittel gleich sein soll der Summe aller durch den Richter möglichen Rechtsverletzungen, im Allgemeinen richtig ist, so folgt doch daraus nicht, daß jede Rechtsverletzung solcher Art sogleich in den höheren Instanzen angefochten und dadurch der Rechtsstreit in seinem Gange so oft aufgehalten werden kann, als eine solche Rechtsverletzung geschehen ist oder vielleicht nur behauptet wird. Es rechtfertigt sich vielmehr der Grundsatz, daß ein Rechtsstreit nur dann durch ein Rechtsmittel in die höhere Instanz gebracht werden kann, wenn die Beschwerde von der Art ist, daß ihr später durch ein Rechtsmittel nicht mehr abgeholfen werden kann[1]). Vor der gerichtlichen Verhandlung muß

---

[1]) Vgl. Hannöv. CPO. §. 395. Bayer. Entw. Art. 647.

die Beschwerde an den höheren Richter gebracht und dort entschieden werden, wenn die Zuständigkeit des ersten Richters oder das Erkenntniß auf Ganteröffnung angefochten wird, weil in dem Falle, daß die Beschwerde gegründet ist, das ganze Verfahren ungültig und wirkungslos wäre. Während des Rechtsstreites muß eine Beschwerde sogleich an den Oberrichter gebracht werden können gegen Arrest und andere provisorische Sicherheitsmaßregeln, denn wenngleich solche durch Beschwerden nicht aufgehalten und dadurch vielleicht vereitelt werden können, so beschränken sie doch die freie Disposition über Person oder Vermögen zu sehr, als daß derjenige, welcher dadurch seine Rechte verletzt glaubt, bis zum Ausgange der Hauptsache sich beruhigen müßte. Kann indessen bei solchen Verfügungen das Rechtfertigungsverfahren und die Entscheidung hierüber ohne Verzug stattfinden, so muß solches abgewartet werden. Eine Beschwerde muß vor oder während der Verhandlung des Hauptstreites an den höheren Richter gebracht werden können, wenn Arrest, provisorische Verfügung oder Zeugenvernehmung zum ewigen Gedächtnisse verweigert werden, weil diese sonst unmöglich werden könnten, ehe die Sache aus anderer Veranlassung an den höheren Richter gebracht werden kann. Wenn einer Partei ein Eid aufgetragen (nicht wenn der Eidesantrag abgeschlagen) wird, so muß vor dessen Ableistung die Frage, ob der Eid zu leisten, an den höheren Richter gebracht und die Eidesleistung nicht verlangt werden können, bis rechtskräftig feststeht, daß der Eid erheblich und abzuleisten ist. Dieser Rücksicht auf den Eid liegt die Heiligkeit desselben, die Gefährdung derselben durch unnöthige Vervielfältigung der Eide und damit die dadurch eintretende Unzuverlässigkeit dieses Beweismittels zu Grunde. Die Gesetzgebung kann indessen verordnen, daß da, wo es möglich, die Frage über die Eidesleistung und damit die Eidesleistung selbst so lange suspendirt bleibe,

bis die Sache ohnedies im Berufungswege an den höheren Richter gelangt. Wenn nun aber nicht gegen jede beschwerende richterliche Verfügung sogleich Berufung stattfinden soll, so entsteht die Frage, ob derjenige, welcher sich durch eine richterliche Verfügung beschwert glaubt, aber nicht sogleich den höheren Richter anrufen kann, sein Berufungsrecht durch eine Protestation verwahren muß und ob er das Berufungsrecht verliert, wenn er — vielleicht ohne Protestation — der richterlichen Verfügung gehorcht, z. B eine Urkunde vorlegt, welche er vorzulegen nicht schuldig ist [1]). So lange die Eventualmaxime herrscht, so lange es von dem Ablaufe einer Frist oder eines Tages abhängt, ob eine Parteihandlung oder ein Beweismittel zugelassen wird, so lange die höhere Instanz in der Regel nur auf den Grund dessen erkennen kann, was in den Akten der vorigen Instanz enthalten ist, so lange muß es von den Parteien durch Verwahrung oder eventuelle Berufung aktenmäßig gemacht werden, welcher richterlichen Verfügung sie sich nur vorläufig unterwerfen und gegen welche sie sich bei dem höheren Richter beschweren werden, sobald eine Berufung dorthin zulässig ist. Ganz anders verhält es sich bei einem Verfahren, wie es jetzt eingeführt werden wird. Nicht auf den Grund der nur in den Akten bekundeten thatsächlichen Verhältnisse, unbekümmert, ob dieselben richtig bekundet sind, soll das Urtheil erlassen werden, sondern auf den Grund der wirklichen thatsächlichen Verhältnisse, so weit solche dem

---

[1]) Die hannöv. CPO. §. 396 bedingt keinen Vorbehalt der Berufung und läßt aus der Befolgung der beschwerenden Verfügung keinen Verzicht schließen. Aehnlich der bayer. Entw. Art. 647, welchem Art. 646 nicht widerspricht, wie aus seiner Stellung zu folgen scheint. Art. 646 spricht nur von selbständig appellablen Urtheilen, obgleich erst Art. 647 die Eintheilung in selbständig appellable und selbständig nicht appellable Urtheile enthält.

Richter dargelegt werden, namentlich auch solcher, welche erst in der höheren Instanz zur Kenntniß des Richters kommen. So wenig es einer Partei in der Sache selbst nachtheilig sein kann, wenn sie freiwillig in erster Instanz ein relevantes thatsächliches Verhältniß nicht vorbringt, sondern erst in der höheren Instanz solches nachbringt, oder wenn sie freiwillig in erster Instanz eine irrelevante Thatsache oder ein irrelevantes Beweismittel vorbringt, ebensowenig kann es ihr nachtheilig sein, wenn dies auf richterlichen Auftrag geschieht: der Auftrag oder die Weigerung des vorigen Richters wirkt nur auf die Verhandlung vor ihm und bindet den höheren Richter nicht.

Rein theoretisch betrachtet kann das Recht zur Berufung von einer Berufungssumme nicht abhängig gemacht werden und wenn nur von dem Rechte der Parteien die Rede wäre, so könnte diesen auch nicht verwehrt werden, selbst die geringfügigsten Streitsachen in die höheren Instanzen zu verfolgen. Aber nicht nur ist der Staat nicht schuldig, die Gerichte, die aus Staatsmitteln bestellt sind, für unbedeutende Streitigkeiten verwenden zu lassen, wo nicht ein wahres Interesse, sondern nur bald Rechthaberei, bald Streitmuthwille zu Grunde liegt, sondern es widerspricht auch der Würde und dem Ansehen der Gerichte, wenn sie durch Verhandlung und Entscheidung unbedeutender Prozesse dazu beitragen, daß die Parteien einen Aufwand auf Streitigkeiteu machen, deren Erfolg den Aufwand nie lohnen kann [1]). So gerechtfertigt nun aber die Festsetzung einer Berufungssumme ist, so sehr ist es zu beklagen, daß man in neuerer Zeit die Berufungssumme zu sehr erhöht, nur um weniger Berufungen zu erhalten, weniger Richter höherer Instanz zu bedürfen.

---

[1]) Die hannöv. CPO. §. 392, 393 verlangt eine Berufungssumme, doch nicht allgemein. Der bayer. Entw. Art. 648 verlangt sehr hohe Summen.

Die oberen Gerichte sollen durch Besetzung mit einer höheren Anzahl von Richtern und mit erfahreneren Richtern als in voriger Instanz geurtheilt, ein höheres Vertrauen bei den Parteien, eine vorzügliche Achtung bei den vorigen Instanzen erhalten. Schon hieraus ergibt sich die Nothwendigkeit einer geringeren Anzahl von höheren Instanzen und die Bedenklichkeit des Systemes, einen Theil der Untergerichte als zweite Instanz für die anderen Untergerichte (in geringfügigen Sachen) aufzustellen [1]). Es hat dieses aber auch noch den Nachtheil, daß bei so vielen Gerichten zweiter Instanz eine Mannigfaltigkeit der Rechtsgrundsätze entsteht und wenn man glaubt, daß der Kassationshof diesem abhelfen werde, so geht man nur von der Ansicht aus, daß ein Uebelstand durch den anderen neutralisirt werden könne. Ein anderes Extrem ist, wenn man, um der Ersparniß willen, zu große Gerichtsbezirke zweiter Instanz bildet. Allerdings erreicht man dadurch einige Ersparniß, namentlich an Besoldung für die Vorstände: allein sobald der Präsident das Wesentliche der Geschäftsführung nicht überblicken kann, sondern die Vorstände zweiten Ranges (Direktoren), jeder in seinem Wirkungskreise, Vorgesetzte selbstständiger Abtheilungen des Kollegiums sind, sobald ist nicht von einem Gerichtshofe, sondern von einer Kombination mehrerer Gerichtshöfe die Rede. Selbst die Rechtsprechung in den einzelnen Senaten, wo doch jeder Richter unabhängig von dem anderen und vom Präsidenten ist, muß der Präsident überwachen können, theils um bei der Geschäftsvertheilung auf die Verschiedenheit der Kräfte der Mitglieder [2]) Rücksicht zu nehmen, theils um eine Ver-

---

[1]) Wie in Bayern.

[2]) Nicht nur Gesundheitszustand, sondern auch frühere Praxis und wo verschiedene Gesetze gelten, Kenntniß dieser Gesetze müssen berücksichtigt werden.

schiedenheit der Rechtsaussprüche dadurch möglichst zu verhüten, daß er die Senate über streitige Rechtsfragen zu einer Berathung zusammentreten läßt. Selbst wo nur eine Gesetzgebung herrscht, dürfte ein Bezirk von mehr als einer halben Million Menschen zu groß sein, sobald man von den Richtern nicht blos mechanische, sondern wissenschaftlich begründete Arbeiten verlangt. Wo der Staat in mehrere Kreise für die staatsrechtlichen und administrativen Geschäfte abgetheilt ist, da ist es nothwendig, in jedem dieser Kreise auch einen Gerichtshof zweiter Instanz und beide Kreisbehörden in derselben Stadt aufzustellen, damit die Geschäfte zwischen diesen Behörden erleichtert werden, und der Sitz dieser Behörden muß so ziemlich in der Mitte des Kreises sein, theils um nicht einem Theile der Einwohner durch weite Entfernung von diesem Sitze unverhältnißmäßigen Aufwand an Zeit und Kosten aufzubürden, theils damit die Kreisbehörden nicht von einem Theile des Kreises zu entfernt sind, was den Behörden Zeit-, dem Staate Kosten-Aufwand [1]) vermehrt.

Die Berufungsfrist darf nicht zu kurz sein, damit Zeit zur Ueberlegung und zur Begründung gegönnt ist, aber auch nicht zu lange, um die Rechtshülfe nicht ohne Noth zu verzögern. In der Regel sollte nur dieselbe Frist für alle Berufungen festgestellt werden, um nicht Parteien, Anwälten und Richtern die Geschäfte zu erschweren: nur wo Beschleunigung nothwendig ist, z. B. beim Arrest- und Wechselprozesse, rechtfertigt sich Abkürzung [2]).

---

[1]) Wo die Gerichte zweiter Instanz an der Gränze ihres Bezirkes den Sitz haben, veranlassen die Zeugengebühren in Strafsachen, welche meistens der Staat zahlen muß, ebenso wie die Kommissionsgebühren der Gerichtsmitglieder bei Geschäftsreisen, mehr Kostenaufwand.

[2]) Dreißig Tage als Regel genügen auch bei Urtheilen über wich-

Wie die Klage, so wird auch die Berufung nicht durch das Gericht, sondern durch den Gerichtsvollzieher dem Gegner zugestellt [1]). So lange aber das Gericht die Ueberzeugung nicht hat, daß innerhalb der Berufungsfrist keine Berufung ergriffen wurde, so lange kann es auch (die Fälle ausgenommen, wo vorläufige Vollstreckbarkeit zulässig ist) das Urtheil nicht für vollstreckbar erklären; es muß also die rechtzeitige Ergreifung der Berufung vom Appellanten zur überzeugenden Kenntniß des Gerichtes kommen [2]) und es geschieht dies bei der Kanzlei des Gerichtes.

Das Berufungsverfahren ist, wie das in erster Instanz, mündlich vor versammeltem Gerichte und es sind, wie schon oben vorgekommen, neue Thatsachen und Beweismittel zulässig, so weit nicht dadurch der Streit in seinem Gegenstande verändert wird.

Suspensivwirkung, Adhäsionsbefugniß und Entscheidung haben keine wesentliche Verschiedenheit vom deutschen Civilprozesse; nur ist zu wünschen, daß über die Grundsätze: ne ultra petita und ne in pejus, die neueren Erörterungen im deutschen Civilprozesse berücksichtigt und so weit sie sich als anwendbar zeigen, beherzigt werden.

Strafen, es seien Geld- oder Gefängnißstrafen, rechtfertigen sich gegen den Unterliegenden höchstens bei ganz offenbarem Streitmuthwillen. Wir halten es für eine widerliche Erscheinung, wenn der Staat, dessen vorzüglichste Pflicht Handhabung der Gerechtigkeit ist, den Rechtsuchen-

---

tige Gegenstände. Ein Unterschied zwischen den Urtheilen der Einzelnrichter und jenen der Kollegialgerichte dürfte sich nicht rechtfertigen. Vergl. bayer. Entw. Art. 658 fg. Hannöv. CPO. §. 401.

[1]) Code de proc. art. 462. Hannöv. CPO. §. 406. Bayer. Entw. Art. 665.

[2]) Hannöv. CPO. §. 413. Bayer. Entw. Art 666.

den zwar die Gerichtsthüren öffnet, aber schon an der Pforte die Strafruthe aufstellt, welche Jedem droht, dessen Ansicht von der Gerechtigkeit seiner Sache, dessen Hoffnung ein günstigeres Urtheil zu erhalten, mit der Ansicht der Richter nicht übereinstimmt [1]). Schleunige und gute Rechtspflege, Vertrauen auf Kenntniß und Pflichttreue der Richter halten von muthwilligen Berufungen besser ab, als Strafen, welche besser ganz weggelassen werden, da doch die Kosten der Berufung schon ein Nachtheil sind.

XXII.

Kein Kassationshof.

Unbedingte Herrschaft des Gesetzes und gleichförmige Anwendung desselben bei gleichen Rechtsfragen gehören zum Ideal der Rechtspflege. Aber in allen Ländern und zu allen Zeiten kommt es vor und wird beklagt, daß hie und da dieselbe Rechtsfrage von den Gerichten verschieden entschieden wird und sogar von verschiedenen Abtheilungen desselben Gerichtshofes zuweilen die eine dieselbe Rechtsfrage verneint, welche die andere bejaht. Seit vielen Jahrhunderten bemühen sich Gesetzgeber, diesen Mißstand zu beseitigen. Die römischen Kaiser verordneten, daß die Gerichte, wenn ihnen Zweifel über den Sinn der Gesetze vorkommen, die Erläuterung des Kaisers einholen sollen [2]). Das preußische Landrecht, Einleitung §. 47, 48 befahl dem Richter, seine Zweifel über den eigentlichen Sinn eines Gesetzes der Gesetzgebungskommission anzuzeigen und deren Beschluß seinem Erkenntnisse zu Grunde zu le-

---

[1]) Der bayer. Entw. Art. 686 will Strafe für den Fall des Streitmuthwillens.

[2]) Const. 9 Cod. de legib. (1:14). Const. 2 §. 21 in fin. Cod. de vetere jure enucl. (1:17).

gen: es konnte aber nicht lange übersehen werden, daß auf diese Weise die Gesetzgebungskommission auf die Entscheidung eines anhängigen Rechtsfalles Einfluß habe und die Unabhängigkeit des Richteramtes hiebei beeinträchtigt sei; es erschien eine Kabinetsordre vom 8. März 1798, nach welcher die Richter zwar den Fall dem Chef der Justiz vorlegen, die Entscheidung aber nach den allgemeinen Regeln wegen Auslegung der Gesetze geben sollten [1]). Das österr. allgem. bürgerl. Gesetzbuch Einleitung §. 7 verweist die Richter auf die allgemeinen Auslegungsregeln. In Frankreich entschied in zweifelhaften Fällen der König oder das Parlament unter dem Vorsitze des Königs; man klagte jedoch über Willkühr in der Entscheidung. König Ludwig XI. ließ dann den Staatsrath entscheiden, dem er jedoch gewöhnlich befahl, wie das Urtheil abgefaßt werden sollte.

So wie man einsehen mußte, daß das Schwanken der Rechtssprüche nicht durch dunkle Gesetze allein, sondern auch durch Lücken in den Gesetzen veranlaßt werde, deren Ausfüllung durch neue Gesetze keine rückwirkende Kraft [2]) haben kann, so fühlte man auch bald, daß die Unabhängigkeit der Rechtspflege und die Entfernung aller Kabinets- und Ministerialjustiz nur dann in Wahrheit bestehe, wenn den Gerichten überlassen bleibe, ihre Zweifel selbst zu lösen. Um aber doch eine Verschiedenheit und Widersprüche der richterlichen Entscheidungen zu beseitigen, griff man zu zwei Hilfsmitteln, zu den Plenarbeschlüssen der obersten Gerichtshöfe (in Bayern und Preußen) und zu den Entscheidungen des Kassationshofes (vorzüglich in Frankreich), welcher eine Abtheilung des obersten Gerichtshofes ist.

Sowohl Plenarbeschlüsse als Entscheidungen des Kas-

---

[1]) Nov. Corp. Const. March. v. J. 1798 S. 1609. Anhang z. preuß. Landr. I §. 2.

[2]) Preuß. LR. Einl. §. 49—51.

sationshofes werden durch einzelne Rechtsfälle veranlaßt: allein Plenarbeschlüsse setzen voraus, daß dem obersten Gerichtshofe ein Rechtsfall zur Entscheidung vorliegt, bei welchem eine Rechtsfrage vorkommt, welche dieser Gerichtshof entweder bisher in widersprechender Art beantwortet hat, oder jetzt in einer seinen bisherigen Entscheidungen widersprechenden Art beantworten will; die Entscheidung des Kassationshofes dagegen, welcher keine Instanz zur Entscheidung von Rechtsfällen bildet, setzt einen Rechtsfall voraus, wo in erster oder zweiter Instanz entschieden wurde und das Gesetz oder eine wesentliche Förmlichkeit verletzt sein soll. Das Plenum des obersten Gerichtshofes entscheidet ebenso wie der Kassationshof nur die Rechtsfrage, nicht aber den Rechtsfall, also auch nicht die dabei vorkommende Thatfrage. Allein der Plenarbeschluß muß von dem obersten Gerichtshofe sowohl bei Entscheidung des veranlassenden Falles als in künftigen Fällen gleich einem Gesetze angewendet werden, jedoch nur von dem obersten Gerichtshofe, nicht von den mittleren oder unteren Gerichten, weil er kein Gesetz und die richterliche Selbstständigkeit unverletzt zu erhalten ist. Die Entscheidung des Kassationshofes, welcher nur eine Abtheilung (ein Senat) des obersten Gerichtshofes ist, vernichtet nur das Urtheil, in welchem das Gesetz verletzt ist, entscheidet aber eben so wenig als der oberste Gerichtshof selbst den veranlassenden Fall, sondern verweist die Sache zur weiteren Entscheidung (oder auch zur weiteren Behandlung) an das vorige oder auch an ein anderes Gericht erster Instanz: auch dieses ist an die Entscheidung des Kassationshofes nicht gebunden, wenn es aber entgegengesetzt von dieser entscheidet und die Entscheidung wieder an den Kassationshof gebracht wird, so wurde in Frankreich früher eine Entscheidung der Gesetzgebung verlangt. Ein französisches Gesetz vom 16. Sept. 1807 will dann Auslegung des Gesetzes durch den Staat,

wurde aber unterm 30. Juli 1828 dahin modifizirt, daß das Urtheil desjenigen Gerichtshofes, dem die Sache zugewiesen wird, keinem ferneren Kassationsrekurse unterliege, daß aber eine Interpretation des Gesetzes stattfinden müsse. Ein Gesetz vom 1. April 1837 verordnet, daß nach zweimaliger Kassation der Gerichtshof, an welchen die Sache dann verwiesen wird, nach der Rechtsansicht des Kassationshofes entscheiden soll. Für Rhein-Preußen ist unterm 21. Juni 1819 und 8. Juli 1834 verordnet, daß, wenn das Kassationsgesuch begründet ist, der Revisionshof das angegriffene Urtheil vernichtet und zugleich in letzter Instanz entscheidet, oder wenn er die Sache zur Entscheidung nicht reif findet, die Sache zurück verweist, wo dann nach den vom Kassationshofe aufgestellten Rechtsnormen und Rechtsgrundsätzen zu verfahren und zu entscheiden ist. Für die bayerische Pfalz wurde gesetzlich wie in Rhein-Preußen bestimmt [1]). So wie an die vom Kassationshofe bei der ersten Entscheidung ausgesprochene Rechtsansicht selbst dasjenige Gericht nicht gebunden ist, an welches die Sache vom Kassationshofe zur abermaligen Entscheidung verwiesen wird, so kann um so weniger der Kassationshof oder irgend ein anderes Gericht in anderen Fällen an diese Ansicht gebunden sein: aber auch die Rechtsansicht, welche bei der Vernichtung des zweiten Urtheiles das Plenum (die vereinigten Sektionen) des obersten Gerichtshofes ausspricht, bindet nur in der Sache, in welcher das Plenum sich ausgesprochen hat, die Gerichte: für andere Rechtsfälle gleicher Art ist dem Plenarausspruche von keiner Gesetzgebung die Kraft eines Gesetzes beigelegt; im Gegentheile, es weicht in Frankreich selbst der Kassationshof davon ab, wenn er eine andere Rechtsansicht gewonnen hat.

Wenn wir nun zur Prüfung übergehen, ob in eine

---

[1]) In ähnlicher Art der bayer. Entw. Art. 758.

neue Civilprozeßgesetzgebung der Kassationshof oder auch das Institut der Plenarbeschlüsse aufzunehmen sei, so erlaubt sich der Verfasser vor Allem die Bemerkung, daß er nie das Institut der Plenarbeschlüsse für entsprechend hielt [1]). Im Jahre 1848 hat er zwar als bayerischer Reichsrath dem Grundlagengesetze vom 4. Juni 1848 beigestimmt, welches im Art. 12 verordnet, daß „der oberste Gerichtshof als Kassationshof durch Vernichtung der Civil- und Strafurtheile, welche eine Verletzung oder falsche Auslegung oder unrichtige Anwendung der Gesetze enthalten, die Einheit der Rechtspflege im ganzen Reiche zu vermitteln habe: allein die Erfahrung hat ihm schon oft jene in dem Bestreben, bessere Zustände anbahnen zu helfen, abgegebene Stimme bedauern lassen [2]). Weit entfernt, hiemit den Gliedern des obersten Gerichtshofes zu München oder auch den Gliedern anderer obersten Gerichtshöfe Deutschlands einen Vorwurf zu machen, erklärt vielmehr der Verfasser, daß er während der sieben Jahre, wo er Rath am obersten Gerichtshofe zu München war, dort so viele an Talent, Kenntnissen, Rechtlichkeit und Diensteseifer ausgezeichnete Männer traf, daß er noch immer mit Vergnügen an die geistreichen Sitzungen denkt, denen er dort beiwohnte; daß er ferner mit wahrer Wonne bemerkt, wie sehr nachher und jetzt für tüchtigen

---

[1]) In der „Zeitschrift für Gesetzgebung und Verwaltungsreform". München, 1858 S. 225 fg. hat sich der Verf. bereits gegen die Plenarbeschlüsse ausgesprochen: die Vollständigkeit erfordert, das Geeignete hier wieder zu sagen.

[2]) Theilweise hat sich der Verf. gegen den Kassationshof schon geäußert im Gerichtssaale, Jahrg. 1858 S. 98. fg. — Er freut sich, daß das Schwierige, Gefährliche und Ungenügende des Kassationshofes auch in anderen Ländern und von ausgezeichneten Juristen anerkannt wird. Mittermaier, im Archiv für civ. Praxis, Bd. XLIV S. 286. Plank, a. a. O. S. 60.

Ersatz bei neuen Beförderungen zu diesem Gerichtshofe gesorgt wird; daß also seine Abneigung gegen das Institut des Kassationshofes wie gegen das Institut der Plenarbeschlüsse nur in objektiven Gründen gelagert ist.

Es sprechen nämlich gegen diese Institute[1]) folgende Erwägungen:

1) der Gesetzgeber tritt durch diese Institute einen Theil seiner Rechte an die Richter ab.

In jedem gut geordneten Staate ist die richteramtliche Gewalt von der gesetzgebenden getrennt, weil beide unvereinbar sind. Die gesetzgebende Gewalt stellt die Regeln fest, welche von der richterlichen befolgt werden müssen. Sie stellt diese Regeln auf unabhängig von den einzelnen Fällen, wo diese Regeln angewendet werden müssen, obgleich anwendbar auf diese Fälle: die richterliche Gewalt hat es nur mit einzelnen Fällen zu thun, auf welche sie jene Regeln anwendet und sie ist nicht befugt, Regeln der Entscheidung für künftige Fälle (d. i. Gesetze) zu geben; ebensowenig ist ein Gericht befugt, einem anderen Gerichte (selbst nicht einem ihm untergeordneten Gerichte) eine Regel zu geben, wie es in einem einzelnen Falle zu entscheiden habe, denn ein Untergericht, welches solche Regel befolgt, gibt dann seine Entscheidung nicht als Untergericht, sondern als Kommissär des Obergerichtes. Wenn nun die Staatsgewalt einem obersten Gerichtshofe erlaubt, eine Regel aufzustellen, welche — es sei für einen einzelnen Fall oder gar für alle Fälle gleicher Art — von den Gerichten oder von einzelnen derselben befolgt werden soll, so durchlöchert sie den Organismus und überliefert einen Theil der gesetzgebenden Gewalt dem Richteramte. Es ist dieses sogar der Fall, wenn

---

[1]) So wie oben bei der Staatsanwaltschaft, eben so muß auch hier auf den Strafprozeß Rücksicht genommen werden, um das Institut des Kassationshofes in seinem ganzen Umfange zu würdigen.

nur der oberste Gerichtshof an seine eigene Regel in künftigen Fällen gebunden sein soll. Alle Richter sind verbunden und verpflichten sich eidlich, nur nach dem Gesetze und diesem gleich wirksam anerkannten Gewohnheitsrechte zu richten: es widerspricht dieser Pflicht, wenn Richter auch nach richterlich aufgestellten Regeln urtheilen sollen.

2) Das Richteramt ist gar nicht geeignet, Rechtsnormen für andere Fälle zu geben.

A. Wenn dem obersten Gerichtshofe (dem Plenum oder dem Kassationshofe) ein Rechtsfall vorliegt, in welchem eine streitige oder zweifelhafte Rechtsfrage vorkommt, so hat er, wie jedes Gericht in solchem Falle, diese Frage für diesen Fall zu entscheiden und hiebei dunkle Gesetze zu erklären, auch Lücken in den Gesetzen nach dem Geiste der Gesetzgebung und nach Analogie anderer Gesetze auszufüllen: immer muß er hiebei das Thatsächliche dieses Rechtsfalles im Auge behalten, und in allgemeinere andere Rechtssätze, als hier anwendbar sind, darf er sich nicht verirren, weil er sonst seine Zuständigkeit überschreitet[1]). Sehr leicht wird nun die Rechtsregel, welche er für diesen Fall aus dem Geiste der Gesetze und aus der Analogie aufstellt, selbst wenn sie für diesen Fall richtig getroffen wurde, doch Eigenheiten dieses Falles an sich tragen und bei der Anwendung auf andere ähnliche Rechtsfälle sich als unrichtig, unvollständig oder einseitig zeigen und wenn sie dennoch auf diese anderen Fälle angewendet werden muß, so werden diese anderen Fälle nach einer unrichtigen Regel entschieden.

B. Das Richteramt muß die bestehenden Gesetze anwenden, so weit sie anwendbar sind, und wenn durch Plenarbeschluß oder vom Kassationshofe eine Rechtsregel aufgestellt wird, so darf hiebei kein bestehendes Gesetz verletzt werden.

---

[1]) Vergl. Arch. f. civ. Prax. a. a. O. S. 293.

Leicht kann dann durch die Berücksichtigung des Gesetzes die Regel so gestaltet werden, daß sie bald unanwendbar, bald drückend wird, und der Gesetzgeber, wenn er selbst die Regel aufgestellt, d. h. ein neues Gesetz gegeben hätte, dieses Gesetz ganz in anderer Art verabfaßt hätte. Ein Beispiel mag zum Beweise dienen. Es ist da, wo aus der außerehelichen Schwängerung eine Klage stattfindet, eine Streitfrage, nach welchem Gesetze die civilrechtlichen Ansprüche des Kindes gegen den Beihälter der Mutter zu beurtheilen sind, ob nach dem Gesetze des Ortes, wo die Mutter zur Zeit der That sich aufhielt, oder nach dem Gesetze des damaligen Wohnortes des Verklagten, oder nach dem Gesetze des Ortes, wo das aburtheilende Gericht seinen Sitz hat. Diese Frage hatte das Plenum des obersten Gerichtshofes zu München zu entscheiden und da unter den verschiedenen in Bayern über solche Ansprüche bestehenden Gesetzgebungen das bayerische Landrecht die Alimentenansprüche des Kindes in dem Kapitel „von Verbrechen" bei den Bestimmungen über die lex Aquilia (Th. 4 Kap. 16 §. 6) behandelt, nach den bayerischen Gesetzen aber Verbindlichkeiten aus unerlaubten Handlungen nach den Gesetzen des Ortes der Begehung solcher Handlungen beurtheilt werden sollen, so fand das Plenum gesetzlichen Grund zu dem Ausspruche, daß in solchen Fällen, es mag bayerisches oder ein anderes Recht herrschen, die Gesetze des Ortes anzuwenden sind, wo der Beischlaf verübt worden. Nun ist es aber eine bekannte Sache, daß der Zeitraum, innerhalb welchem ein Kind erzeugt worden sein kann, ein paar Monate beträgt und es kommt gar nicht selten vor, daß die außerehelichen Aeltern des Kindes in solchem Zeitraume den Beischlaf öfters verübt haben, so daß die Angabe, aus welchem dieser Beischläfe das Kind herrührt, eine Unmöglichkeit ist. Haben sich nun die Aeltern während jenes Zeitraumes an verschiedenen Or=

ten versündigt, wo verschiedene Gesetze herrschen [1]), so ist es unmöglich, das Gesetz auszuwählen, nach welchem die Alimenten festzusetzen sind. Ja wenn nur ein einziger Beischlaf verübt gewesen wäre, würde über das anzuwendende Gesetz Zweifel entstehen können, weil solche That nicht immer an einem Orte geschieht, welcher, wie ein Haus, leicht zu bezeichnen ist. Wirklich kam in Mittelfranken der Fall vor, daß ein Mädchen von seinem Liebhaber Nachts von einer Dorfkirchweih in die Stadt zurückgeführt wurde und auf der eine Stunde langen Strecke, wo fünf verschiedene Territorien mit verschiedenen Gesetzgebungen abwechseln, die That auf freiem Felde begangen wurde. Man wird wohl der Versicherung des Mädchens glauben, daß es in jener Schäferstunde sein Augenmerk weder auf das Grundstück, wo die That geschah, noch auf dessen Besitzer und am allerwenigsten auf die dort herrschende Gesetzgebung richtete. Nach welchem Gesetze sollten nun die Alimentationsansprüche verlangt und regulirt werden? Gewiß! eine Gesetzgebungskommission hätte anders als der Plenarbeschluß verfügt.

3) Zur Fähigkeit, durch Plenarbeschlüsse oder Kassationsentscheidungen Rechtsregeln für künftige Fälle zu geben, wird mehr als zum Richteramte erfordert.

Man kann annehmen, daß in jedem obersten Gerichtshofe nur Männer von entschiedenem Talente, gründlicher Bildung in der Rechtswissenschaft und genauer Kenntniß der anzuwendenden Gesetze sich befinden: es ist aber etwas Anderes, einen Rechtsfall unter das bestehende Gesetz zu subsumiren und etwas Anderes, eine Regel für künftige Entscheidungen zu geben, namentlich dann, wenn die Dun=

[1]) Z. B. in Nürnberg gilt in der Stadt Nürnberger und gemeines, in den Vorstädten preußisches Recht.

kelheit oder Unvollständigkeit eines bestehenden Gesetzes beseitigt werden soll. Hiezu wird nicht nur gründliche, es wird umfassende Kenntniß der Rechtswissenschaft, Studium der juristischen Literatur, Bekanntschaft mit der Geschichte der fraglichen Gesetzgebung und der allenfallsigen Hülfsrechte und Bekanntschaft mit den Gesetzgebungen anderer Länder vorausgesetzt. Diese Kenntnisse können von allen Mitgliedern der obersten Gerichtshöfe weder gefordert, noch erwartet werden[1]): im Gegentheile, die Berufsarbeiten als Richter lassen hiezu wenige Zeit, besonders wo man mehr auf Zahl denn auf Gediegenheit der Urtheile sieht, die Qualifikation der Richter nach Erledigungsnummern berechnet. Wenn wir nun auch annehmen, daß zu den Plenarbeschlüssen als Referenten und Korreferenten und zum Kassationshofe als Mitglieder nur vollkommen hiezu qualifizirte Richter gewählt werden, so glauben wir doch, daß dadurch noch nicht dem entsprochen wird, was verlangt werden muß. Vor Allem muß man bedenken, daß in keinem Stande alle Mitglieder frei von menschlichen Schwächen sind. Leicht kann der Neid gegen diejenigen rege werden, welche gewählt sind, namentlich gegen die als Referenten für das Plenum Gewählten, wo das Anerkenntniß ihrer höheren Befähigung eine künftige Beförderung in Aussicht stellen kann. Unter den nicht Gewählten können sich manche befinden, welche, obgleich Dii minorum gentium, doch für höhere Stellen sich geeignet halten und der Meinung sind, daß ihr Ansehen steigt, wenn sie die Kenntnisse, Fähigkeit und Redaktionsgabe der Gewählten in Verdacht bringen. Dann entsteht Unmuth der Gewählten für künftige Leistungen und leicht Mangel an tüchtigen Vorarbeiten für das Plenum, zuletzt Erschlaffung des Eifers für Plenarbeschlüsse und Fortdauer

---

[1]) Diese Ansicht hat auch das österr. Memorandum vom August 1862 wegen Errichtung eines Bundesgerichtes ausgesprochen.

der Streitfragen. Doch hoffen wir, daß solche Unwürdigkeit in keinem Gerichtshofe vorkommen wird und nehmen wir an, daß überall für das Plenum gründliche Vorträge ausgearbeitet werden. Damit die Votanten gründlich vorbereitet sind, müssen ihnen die Vorträge so zeitig mitgetheilt werden, daß sie mit solchen sich bekannt machen, darüber nachdenken und die geeignete Literatur zu Rathe ziehen können: allein wenn sogar alle Mitglieder des Gerichtshofes oder doch die Mehrzahl derselben hiezu Lust hätte, so wird ihnen doch gewöhnlich keine Zeit hiezu gegönnt: sie müssen dabei wie zuvor dem gewöhnlichen Dienste — der Nummernerledigung — sich widmen und nur eine Minderzahl wird vollständig und gründlich vorbereitet in der Plenarversammlung erscheinen.

Der Kassationshof besteht aus einer Abtheilung (einem Senate) des obersten Gerichtshofes und wo in Strafsachen und Civilsachen ein Kassationshof entscheidet, wird in jedem Staate, sobald er auch nur mittlerer Größe, für jeden jener beiden Zweige ein besonderer Kassationshof bestellt. Daß man in jede dieser Abtheilungen die hiefür tüchtigsten Mitglieder des Gerichtshofes auswählt, sollte nicht bezweifelt werden[1]), denn wo dieses nicht geschieht, darf man Muster von Rechtsprüchen nicht erwarten. Aber gerade, wenn die Wahl gut ist, werden die besseren Kräfte dem übrigen Dienste entzogen und jedenfalls entsteht durch den Kassationshof der Mißstand, daß die übrigen Glieder des Gerichtshofes in dem Zweige, welcher dem Kassationshofe zugewiesen

[1]) Es beruht auf einem Irrthume, daß zum Strafsache weniger als zum Civilsache erfordert werde. — Wo eine neue Form des Verfahrens eingeführt wird, gibt es Anhänger des alten Verfahrens, theils aus Abneigung gegen das Neue, theils aus Bequemlichkeit, welche Widerwillen haben, in dem neuen Kassationshofe zu sitzen.

ist, außer Uebung kommen, und da ihnen nicht die Zeit gelassen ist, in diesem Zweige sich theoretisch fortzubilden, auch nicht alle Mitglieder hiezu Lust haben werden, so sind sie, wenn hie und da eine Frage aus dem Kassationshofe an das Plenum gelangt, nicht in dem Grade zur Entscheidung befähigt, welcher hiezu erfordert wird; insbesondere wird es ihnen schwer, den im Plenum mit gegenwärtigen in jenem Zweige geübten Mitgliedern des Kassationshofes gründlich entgegenzutreten. Auch läßt sich die Möglichkeit nicht bestreiten, daß man bei zweifelhaften Fragen im Plenum sich scheut, der Ansicht eines untergeordneten Gerichtes oder gar eines dieser Ansicht beigetretenen jungen Schriftstellers den Sieg über den Kassationshof zu geben.

4) Sowohl Plenarbeschlüsse als Erkenntnisse des Kassationshofes führen nicht zur Einheit der Rechtsprechung, sondern zur Verzögerung und Gefährdung derselben, ja zur Charakterlosigkeit der Richter.

A. Wenn jene Institute zur Einheit der Rechtsprechung[1]) führen sollten, so müßten alle Gerichte gesetzlich verbunden werden, in allen Fällen, wo dieselbe Rechtsfrage zu entscheiden ist, nach den Aussprüchen des Kassationshofes oder des Plenums zu handeln und zu richten. So weit geht indessen keine Gesetzgebung und so weit kann auch keine gehen, weil sie dadurch ihr Recht und ihre Pflicht der gesetzgebenden Gewalt dem Richteramte abtreten, das ganze Land unter die gesetzgebende Gewalt einiger Unterthanen stellen würde. Die Plenarbeschlüsse in Preußen und Bayern binden nur den obersten Gerichtshof: die Erkenntnisse des Kassationshofes binden nicht einmal den Gerichtshof, an

[1]) Das bayerische Grundlagengesetz vom 4. Juni 1848 will zwar zu diesem Zwecke einen Kassationshof: es hindert dieses aber die Faktoren der Gesetzgebung nicht, eine Aenderung jenes Gesetzes zu beschließen.

welchen die Sache verwiesen wird, und erst wenn dieser der Ansicht des Kassationshofes entgegen erkennt und nun das Plenum auch dieses Erkenntniß vernichtet und die Sache an einen anderen Gerichtshof verweist, muß dieser seinem Erkenntnisse die Ansicht des Plenums zum Grunde legen: aber nur in dieser Sache bindet die Plenaransicht; in anderen Fällen ist kein Gericht, selbst nicht der Kassationshof, daran gebunden, und es kommt öfters vor, daß in anderen Fällen der Kassationshof zu einer anderen Ansicht übergeht[1]).

B. Es ist auch sehr wohl begründet, daß Plenarbeschlüssen und Kassationshofserkenntnissen keine bindende Kraft auf andere Fälle beigelegt wird. Alle Erkenntnisse solcher Art werden durch einzelne Fälle veranlaßt und tragen sehr oft die Individualität des einzelnen Falles an sich, so daß ihre Anwendung auf andere Fälle, welche selten ganz gleich sind[2]), auf Abwege führt. Man muß auch bedenken, daß Plenarbeschlüsse ebenso wie Kassationshofserkenntnisse nicht immer (ja selten) mit Stimmeneinheit gefaßt werden; daß öfters die Mehrheit nur durch wenige, zuweilen nur durch eine Stimme erlangt wird und hie und da sogar äußere Umstände von Einfluß sind[3]). Kommen in das Plenum oder in den Kassationshof neue Mitglieder, so ist es leicht möglich, daß diese den Plenarbeschluß oder die

---

[1]) Arch. f. civ. Prax. a. a. O. S. 289.

[2]) Ein Rechtsfall sieht nicht leicht dem anderen gleich, wie ein Ei dem anderen, sagt Kreittmayr in den Anmkgen ad cod. civ. bavar. P. I C. 2 §. 14 nr. 3.

[3]) Wenn ein Aufsatz aus der Geschichte von einem Verstorbenen Nachtheiliges erzählt, das vielleicht schon außerdem bekannt ist, so kann, wenn von dem Verstorbenen Nachkommen von Einfluß vorhanden, der redlichste Schriftsteller auch ohne animus injuriandi zur Strafe verurtheilt werden. Arch. f. civ. Prax. a. a. O. S. 290. Beispiele aus Frankreich.

frühere Ansicht des Kassationshofes für gesetzwidrig oder doch für unrichtig halten; ja selbst diejenigen Mitglieder, durch welche der Beschluß zu Stande kam, können nach weiterem Studium und reiferer Erfahrung zu anderer Ansicht gelangen und wir sind ziemlich überzeugt, daß der oben erwähnte Münchener Plenarbeschluß über das bei Alimentationsklagen anzuwendende Gesetz heut zu Tage keine Stimmenmehrheit, vielleicht gar keine Stimme erhalten würde. Wenn dann die Richter an einen Plenarbeschluß gebunden sind, den sie für unrichtig halten, so sind sie durch das Gesetz verbunden, nicht ihrem Richtereide gemäß nach dem Gesetze und nach dessen ihrer Ueberzeugung gemäß durch solches ausgedrückten Willen des Gesetzgebers zu urtheilen, sondern nach einer Auslegung, welche ihrer Ueberzeugung nach unrichtig ist, d. h. sie müssen wissentlich das Gesetz verletzen.

C. Aber auch dann ist die Rechtsprechung gefährdet, wenn den Richtern nicht befohlen, sondern nur empfohlen ist, sich nach den Plenarbeschlüssen oder Kassationshofsentscheidungen zu achten. Es geschieht dies bei jenen Plenarbeschlüssen, welche nur von den Mitgliedern des obersten Gerichtshofes befolgt werden müssen, weil die Erwartung ausgedrückt wird, daß die Richter in den mittleren und unteren Instanzen sich darnach richten, dann bei den Plenarerkenntnissen des Kassationshofes, welchen zwar das Gesetz keine bindende Kraft für andere Fälle beilegt, sie aber als Mittel zur Erstrebung einer Einheit der Rechtsprechung erklärt. Wenn nun die Richter in den Fällen, wo sie nicht gebunden sind, eine ihnen unrichtig scheinende Ansicht des obersten Gerichtshofes zu befolgen, ihrem Eide gemäß nur nach Gesetz und Ueberzeugung handeln, so sehen sie voraus, daß ihre Urtheile im obersten Gerichtshofe abgeändert werden, wenn sie dorthin gelangen, und daß sie dann den Parteien vergeblichen Zeit- und Kostenverlust veranlaßt haben.

Je nachdem nun die Richter es mit Gewissen und Ehre vereinbar finden, nach Gesetz und Ueberzeugung, oder nach Utilitätsgründen zu handeln, werden sie selbständig handeln oder sich der Plenaransicht fügen. Nun gibt es aber da, wo in Civilsachen kein Kassationshof, aber doch Plenarbeschlüsse eingeführt sind (Preußen, Bayern) auch Fälle, welche wegen Geringfügigkeit des Objektes nicht an den obersten Gerichtshof gelangen können und hier scheint der Gedanke nahe zu liegen, in diesen Fällen pflichtgemäß nur nach Gesetz und Ueberzeugung zu handeln, in jenen Fällen aber, welche an den obersten Gerichtshof gelangen können, der Plenaransicht zu huldigen. Allein diese Zwittergestalt führt zur Charakterlosigkeit, verträgt sich nicht mit der Würde des Richteramtes, setzt vielmehr die Rechtspflege in Mißachtung.

D. Man darf sich der Meinung nicht hingeben, daß ein oberster Gerichtshof so bedeutend nicht irren könne, daß daraus eine Gefährdung der Rechtsprechung entstehen werde. Kein Mensch ist frei vom Irrthum; jedes Richterkollegium besteht doch nur aus Menschen und kann Irrthümer von großer wie von geringer Tragweite begehen. Gesetzt — um von Möglichkeiten zu sprechen — ein Richterkollegium hätte die Ansicht, nur der Wortlaut des Gesetzes entscheide, auf den Geist, die Gründe und auf Zweckmäßigkeit und Uebereinstimmung des Gesetzes mit der Theorie sei nicht zu sehen[1]), selbst dann nicht, wenn daraus offenbare Härten

---

[1]) Wirklich hat man neuerdings die ausschließende Anwendung der grammatischen Auslegung der Gesetze damit zu rechtfertigen gesucht, daß man sonst, wie zu den letzten Zeiten der Const. Carol., in Willkühr oder gar in schwankende Ansichten der Rechtsphilosophie gerathe. Von Juristen wird solche Rechtfertigung schwerlich herrühren. Die logische Interpretation weicht nicht von den Worten des Gesetzes; sie ist nicht zu vergleichen der späteren

entstehen; gesetzt, man huldige der offenbar falschen Ansicht, eine recht strenge Strafrechtspflege trage bei, das Volk in Furcht und im Gehorsam zu erhalten, werde demnach als Mittel, die öffentliche Ruhe zu erhalten, wohlgefällig aufgenommen werden; so kann sehr leicht durch diesen Irrthum und durch dessen Uebergang auf die mittleren und unteren Gerichte nicht nur das Vertrauen auf die Rechtspflege, sondern auch das Vertrauen auf die Staatsregierung selbst untergraben und damit Unzufriedenheit erzeugt werden.

E. Eine offenbare Verzögerung der Rechtspflege entsteht gerade dadurch, daß der oberste Gerichtshof als Kassationshof und nicht als dritte Instanz aufgestellt ist. Wir sprechen hier nicht von den Strafrechtsfällen, welche vor Gerichte mit Geschworenen gehören und diesen nicht unter dem Deckmantel einer höheren Instanz entzogen werden dürfen [1]; wir sprechen hier auch nicht von jenen Civilrechtsfällen, wo eine wahre Nichtigkeit begangen wurde und eine Zurückweisung an untere Instanzen nothwendig ist (oben

---

Praxis nach gemeinem Strafrechte, welche nur von den grausamen Strafarten der peinl. Ger.-Ordn. Karls V. eigenmächtig abwich und humanere Strafen zuerkannte; sie springt nicht vom Gesetze über zur Rechtsphilosophie. Der Jurist wird schon in den ersten Wochen seines Studiums belehrt, daß er nicht bei der grammatischen Interpretation stehen bleiben soll. Scire leges hoc non est, verba earum tenere, sed vim ac potestatem. Fr. 17 D. de leg. Er wird belehrt, daß er trügerisch handelt, wenn er mit steifem Festhalten des Wortlautes den Sinn des Gesetzes umgeht. Contra legem facit, qui id facit, quod lex prohibet; in fraudem vero, qui salvis verbis legis sententiam eius circumvenit. Fr. 29 D. de leg. Benignius leges interpretandae sunt, quo voluntas earum conservetur. Fr. 18, 19 D. de leg.

1) Im Strafprozesse, wo eine andere Gerichtsorganisation ist, muß diese durch alle Instanzen berücksichtigt werden.

Abschn. XX): wir sprechen hier nur von jenen Fällen, wo die Nichtigkeit wegen Verletzung des Gesetzes ausgesprochen werden soll. Hier soll der Kassationshof nicht selbst das Urtheil sprechen, sondern die Sache an einen anderen Gerichtshof zur Entscheidung verweisen. Schon hierin liegt eine Verzögerung, denn wenn gleich der Kassationshof nur die Rechtsfrage entscheiden soll, so muß er doch das Thatsächliche (obgleich als feststehend voraussetzend) erwägen und mit dem Gesetze vergleichen: es wäre also wohl besser und kürzer, wenn der oberste Gerichtshof sogleich selbst entscheiden würde, zumal in jenen Staaten, wo er, wenn auch der delegirte Gerichtshof seiner Ansicht widerspricht, doch selbst entscheiden muß[1]).

5) Erkenntnisse des Kassationshofes, welche nur auf Beschwerde zur Wahrung des Gesetzes erlassen wurden, schwächen das Ansehen der Gerichtshöfe, ohne wesentliche Vortheile zu gewähren.

Wir haben uns hierüber schon oben im Abschnitt V von der Staatsanwaltschaft geäußert und setzen hier nur noch Folgendes bei. Im Straffache wie im Civilfache ist es ein Mißstand, wenn der Staat durch einen seiner Gerichtshöfe erklären läßt, daß ein anderer Gerichtshof, den ebenfalls der Staat aufgestellt hat, Unrecht gethan habe und dieses Unrecht nicht aufgehoben werden kann. Zwar kann in Straffachen der Begnadiger dann helfen, wenn Jemand unschuldigerweise oder doch härter, als er es verdiente, verurtheilt wurde. Aber nur in den Fällen der Verurtheilung kann der Begnadiger helfen und nur, wenn inzwischen die Strafe nicht vollzogen ist. Auch ist Straferlaß im Gnadenwege keine Aufhebung des Richterspruches[2]) und wenn

---

[1]) So will auch der bayer. Entw. Art. 758.

[2]) Der Begnadiger ist kein Kassationshof; er mildert oder erläßt

der Verurtheilte gestorben ist, kann er nicht begnadigt werden. Zudem ist es eine gewagte, durch die Erfahrung sattsam widerlegte Vermuthung, daß ein Kassationshof nicht irren könne.

6) Durch Plenarbeschlüsse und Kassationshofserkenntnisse werden die einzelnen Faktoren der gesetzgebenden Gewalt gefährdet.

Der Gesetzgeber hat, wenn eine irrige Entscheidung des Kassationshofes zu seiner Kenntniß kommt, jederzeit das Recht, durch ein Gesetz dem Rechte wieder aufzuhelfen. Wenn aber in einem Staate die gesetzgebende Gewalt aus verschiedenen Faktoren besteht, welche verschiedene Interessen haben können[1]), so kann es geschehen, daß, wenn ein Plenarbeschluß oder ein Kassationshofserkenntniß dem einen Faktor unangenehm, den Interessen des anderen entsprechend ist, dieser in ein abänderndes Gesetz nicht willigt. Hat der Plenarbeschluß die Kraft, den obersten Gerichtshof zu binden, bis ein neues Gesetz dagegen verfügt, so ist die Gefahr um so größer: sie ist aber auch dann vorhanden, wenn der Kassationshof befugt ist, seine Ansicht zu ändern, denn sehr leicht wird er von der Meinung befangen sein, daß er seiner Aufgabe, Einheit der Rechtsprechung zu vermitteln, entgegen handle, wenn er zu einer anderen Rechtsansicht übergeht.

7) Plenarbeschlüsse und Kassationshofserkenntnisse vernichten das Bestreben, für Deutschland eine allge-

---

die Strafe; in die Rechtsprechung wirkt er nicht ein, außer wo es Kabinetsjustiz gibt. Der Richterspruch bleibt rechtskräftig stehen, er wird nur nicht vollzogen. Dies darf man auch bei der Frage über Wiederaufnahme wegen eines bei der rechtskräftigen Entscheidung schon begangen gewesenen anderen Verbrechens nicht übersehen.

[1]) Z. B. bei Standesinteressen.

meine Gesetzgebung gleichförmig in Anwendung zu bringen.

In den verschiedenen deutschen Staaten sind oberste Gerichtshöfe, welche mit Recht von einander unabhängig sind. Wenn nun diese verschiedenen obersten Gerichtshöfe dieselbe Rechtsfrage aus einer allgemeinen deutschen Gesetzgebung verschieden beantworten und jeder von ihnen seiner Entscheidung in künftigen Fällen getreu bleiben muß (Plenarbeschlüsse in Bayern und Preußen) oder um der Einheit der Rechtsprechung willen getreu bleibt (Kassationshof), so ist um der Einheit der Rechtsprechung willen Verschiedenheit derselben das Resultat. Daß so verschiedene Aussprüche zu Tage kommen können, wird Niemand bestreiten. Wir können aber auch jetzt schon ein Beispiel aus der Erfahrung liefern. Nach preußischem Landrechte ist Derjenige, welchem eine Erbschaft angefallen ist und welcher von dem Tage an, wo er hievon Wissenschaft erlangt, binnen sechs Wochen über Antretung oder Entsagung sich nicht erklärt, als Benefizialerbe anzusehen und muß nun binnen sechs Monaten ein Inventar niederlegen, widrigenfalls er als Erbe ohne Vorbehalt angesehen wird. Das preuß. Landrecht gilt außer Preußen auch in einigen Gebietstheilen von Bayern und in beiden Ländern entstand die Streitfrage, ob derjenige, welcher beide Fristen versäumt hat, nur dann als unbedingter Erbe den Gläubigern des Nachlasses hafte, wenn diese beweisen, daß der Erblasser irgend etwas an Vermögen hinterlassen habe. Der preußische oberste Gerichtshof entschied in pleno verneinend, ein Plenarbeschluß des bayer. obersten Gerichtshofes entschied bejahend.

Aber auch ein allgemeiner oberster Kassationshof für ganz Deutschland, wenn er ja zu Stande käme, würde nur diesen, nicht aber die übrigen Mängel eines Kassationshofes heben und so lange in Deutschland Verschiedenheit der Gesetzgebungen herrscht, lassen sich Richter nicht denken, welche

aus allen deutschen Gesetzgebungen gründliche Erkenntnisse zu erlassen fähig sind.

8) Verschiedenheit der Rechtssprüche aus derselben Gesetzgebung sind ein Mißstand: mehr als Mißstand aber, wahre Kalamität ist, wenn Gleichförmigkeit der Rechtssprüche höher geschätzt wird, als die Rechtsprechung selbst.

Niemand wird widersprechen, daß es ein Mißstand ist, wenn dieselbe Rechtsfrage von den Gerichten verschieden entschieden wird. So gerne man nun zugeben will, daß es ein Glück für die Völker wäre, wenn für jede zweifelhafte Rechtsfrage eine ganz richtige Entscheidung gefunden und den Richtern zur Befolgung gegeben werden könnte, so gewiß und durch die Erfahrung erprobt ist es, daß es keinen Gerichtshof gibt, welcher frei vom Irrthum ist und daß es nicht nur ein gewagtes, sondern ein die Rechtspflege gefährdendes Unternehmen ist, einem Kassationshofe oder einem Plenum das Privilegium zu geben, daß dessen Entscheidungen als Norm für künftige Fälle gelten sollen. Während da, wo solche Einrichtung nicht besteht, nicht nur die Möglichkeit besteht und es auch oft vorkommt, daß doch ein Theil der Rechtsstreitigkeiten richtig entschieden wird, sondern auch zu hoffen ist, daß mit der Zeit die richtige Ansicht herrschen werde, ist da, wo Plenarbeschlüsse und Kassationshof bestehen, jene Möglichkeit und jene Hoffnung, wo nicht ganz abgeschnitten, doch auf ungewisse Zukunft hinausgeschoben, und bis dahin müssen sich in allen den Fällen, wo eine irrige Entscheidung des obersten Gerichtshofes anwendbar ist, die Rechtsuchenden gefallen lassen, daß ihnen von Rechtswegen Unrecht zugefügt wird.

9) Die Verschiedenheit der Rechtssprüche kann ohne Kassationshof immer mehr vermindert und dabei die wahre Rechtsprechung befördert werden.

So wenig das starre Festhalten an ausgesprochenen Rechtsansichten, selbst wenn sie irrig, ebensowenig ist das unbegründete Abgehen von bisher als richtig anerkannten Rechtsgrundsätzen zu billigen: der Richter muß, so oft ein solcher Rechtsgrundsatz angefochten oder ihm selbst zweifelhaft wird, an der Hand der Wissenschaft und des Gesetzes prüfen, ob die bisherige Ansicht dem Gesetze und dem wahren Rechte gemäß sei. Auch hier gibt uns das römische Recht die beste Anleitung, indem es uns zwar für den Fall zweifelhafter Rechtsfragen das Festhalten an gleichförmigen Präjudizien empfiehlt[1]), aber nicht nur dabei Gleichförmigkeit der Präjudizien, also wiederholte reifliche Prüfung bedingt, sondern auch ausdrücklich sagt, daß Präjudizien nicht binden, welche dem Rechte oder den Gesetzen entgegen sind[2]). Wird nach reiflicher Prüfung von der bisherigen Rechtsansicht abgegangen, so entsteht zwar eine Verschiedenheit der Richtersprüche, aber das Recht hat einen Sieg errungen und wenn die neue Ansicht richtig ist, wird sie herrschend, es wird an die Stelle bisherigen Unrechtes das Recht gesetzt werden. Jeder Richter wird dies in der Erfahrung begründet finden und es sei nur ein Beispiel neuester Zeit erlaubt. Es war nach Erscheinung der allgemeinen deutschen Wechselordnung eine bedeutende Streitfrage, ob das Zinsenversprechen in eigenen Wechseln wechselmäßige Kraft wegen Kapital und Zinsen oder nur wegen des Kapitals habe, oder ob ein solcher Wechsel als Wechsel gar

---

[1]) — in ambiguitatibus, quae ex legibus proficiscuntur, consuetudinem aut rerum perpetuo similiter judicatarum auctoritatem vim legis obtinere debere. Fr. 38. D. de legib.

[2]) Non enim si quid non bene dirimatur, hoc et in aliorum judicum vitium extendi oportet: cum non exemplis, sed legibus judicandum sit. Const. 13. Cod. de sent. et interl. (7: 45). Vergl. auch Const. 2. Cod. quae sit longa consuet.

nicht wirke. Die letztere auf die Natur des Wechselverkehres gegründete Ansicht ist jetzt in allen obersten Gerichtshöfen Deutschlands herrschend, ohne daß es hiezu eines Kassationshofes bedurft hätte.

Um ohne Kassationshof immer mehr zu gleichmäßiger Rechtsanwendung zu kommen, ist es erforderlich, daß nicht nur die talentvollsten, gründlich juristisch gebildeten und erfahrenen Männer in die Gerichtshöfe befördert werden, sondern daß man auch dieselben nicht mit Geschäften überhäufe, vielmehr ihnen so viel Zeit lasse, als zum ruhigen Arbeiten, zum ruhigen Nachdenken, zur wissenschaftlichen Fortbildung erforderlich ist. Wohl mag es hie und da geschehen, daß ein oder der andere Richter die ihm gegönnte Zeit hiezu nicht benützt: allein dieses Uebel wird leicht an der Seichtigkeit und Unwissenschaftlichkeit seiner Leistungen erkannt und durch Ermahnungen und Nichtbeförderung auf bessere Stellen gemindert.

Ein bedeutendes Hinderniß guter Rechtspflege ist die Abtheilung der Gerichtshöfe in Senate nach Geschäftszweigen, und namentlich das Institut des Kassationshofes, von dem man so viel Heil erwartet. Man beruft sich auf die nationalwirthschaftliche Lehre von den Vortheilen der Theilung der Arbeiten und gibt sich der Meinung hin, daß, wenn die Strafrechtssachen der einen, — die Civilrechtssachen der anderen Abtheilung zugewiesen werden, jede Abtheilung mehr Fertigkeit in den ihr zugewiesenen Geschäften erlange. Wenn freilich nur von Fertigkeit — von Routine die Rede wäre, so wäre diese Ansicht richtig: allein die Rechtsprechung eines jeden Theiles der von den Richtern zu entscheidenden Rechtssachen setzt die ganze Rechtswissenschaft voraus und darf keine einseitige sein[1]). Das Strafrecht kennt Derjenige nicht gründlich,

---

[1]) Trennung der Justiz von der Administration ist zweckmäßig,

welcher das Civilrecht nicht gründlich kennt, und im Civilrechte kommen nicht selten Fälle vor, wo Kenntniß des Strafrechtes erforderlich ist. Haben auch die Richter alle diese Kenntnisse, so haben sie doch, wenn ihnen nur die Geschäfte des einen Zweiges übertragen sind, in den anderen Zweigen keine Uebung und werden auch weniger Zeit auf ihre Fortbildung in diesen anderen Zweigen wenden. Dadurch entsteht nicht nur eine Einseitigkeit, sondern es ist auch, wenn Fragen aus dem Kassationshofe (wegen Nichtbefolgung der Kassationshofsansichten bei neuer Urtheilsfassung) an das Plenum kommen, eine eigenthümliche Aufgabe, wenn die in dem einen Fache nicht geübten und nicht fortgebildeten Richter prüfen sollen, ob die in diesem Fache geübten und fortgebildeten Richter geirrt haben. Beruft man sich auf die nationalwirthschaftliche Lehre von den Vortheilen der Theilung der Arbeit, so muß man auch die ebenfalls nationalwirthschaftliche Lehre von der Konkurrenz berücksichtigen. Bei der Theilung der Arbeit liegt der Hauptvortheil darin, daß die Geschäfte in gewohnter Art und mehr mechanisch schleunig erledigt werden: die Konkurrenz zwingt zum Nachdenken auf Verbesserung des Geschäftes. Hat eine Abtheilung eines Gerichtshofes nur einen Zweig der Rechtspflege zu besorgen, so bekommt sie darin Uebung; viele Rechtsfragen kommen in folgenden Fällen wieder vor; man erinnert sich, wie man sie schon entschieden hat und bleibt bei der bisherigen Ansicht ohne vieles Nachdenken: wird eine solche Ansicht bestritten, so werden seichte Gründe der Gegner wenig beachtet; gewichtige Gründe der Gegner sind nicht immer von der Kraft, daß Jemand sie mit seinen bisherigen Ansichten unparteiisch vergleichen und ihnen den

---

weil sie auf verschiedenen Wissenschaften beruhen. Die Rechtswissenschaft aber ist nur eine: Civilrecht und Strafrecht sind innig verbunden.

Vorzug geben wird. Wenn aber kein Kassationshof besteht, keiner Abtheilung nur gewisse Klassen von Geschäften zugewiesen sind, vielmehr jeder Abtheilung Rechtssachen aller Art zugetheilt werden, so kommt zu dem Vortheile allseitiger Uebung und Fortbildung auch der, daß, wenn die Rechtsansicht der einen Abtheilung angegriffen wird, die andere Abtheilung unparteiisch und selbständig die Frage prüft und zwar nur dann, aber dann pflichtgetreu davon abweicht, wenn sie anderer Ueberzeugung ist.

Wir haben nun wiederholt das Fortschreiten in der Literatur als Bedingung der Tüchtigkeit der Richter und als Bedingung einer guten Rechtspflege aufgestellt. Man wird uns aber mit gutem Grunde entgegnen, daß die Richter nicht so besoldet und großentheils auch nicht so reichlich mit Privatvermögen begabt sind, daß es ihnen möglich wäre, die nothwendige Literatur sich anzuschaffen. Allein wir verlangen und setzen es als schon bestehend voraus, daß jeder Gerichtshof und jedes größere Untergericht mit einer guten Bibliothek versehen ist und daß überall die neuere Literatur nachgeschafft werde: auch kann da, wo es noch fehlt, durch Vereinigung der Juristen zu einem Lesezirkel nachgeholfen werden [1]).

Gute juristische Zeitschriften [2]), insbesondere jene, welche

---

[1]) Der Verf. hat erlebt, daß in einem Appellationsgerichte auf diese Weise so lange geholfen wurde, bis die Bibliothek des Gerichtshofes in gutem Stande war.

[2]) Wir sprechen hier nur von *guten* Zeitschriften und überhaupt von guten juristischen Werken, nicht von jenen Produkten, welche bald aus Selbstüberschätzung, bald um des Honorars willen zu Tage gefördert werden. Wären wir nicht zu vollkommen von den Vorzügen der Preßfreiheit überzeugt, wir würden beinahe Reproduktion der Verordnung Justinian's wünschen, daß Kommentare über Gesetze nur in *griechischer Sprache*

die Rechtswissenschaft im Allgemeinen zum Gegenstande haben und jene, welche die Gesetze und die juristische Praxis in dem einzelnen Staate behandeln, tragen zur Fortbildung der Richter und damit zur Minderung widersprechender Urtheile bei. Wir setzen bei allen Zeitschriften voraus, daß die Redaktionen mit Männern von gründlicher wissenschaftlicher Bildung besetzt sind: bei jenen Zeitschriften, welche die Praxis berücksichtigen und zu diesem Zwecke Erkenntnisse der Gerichtshöfe mittheilen, müssen wir nicht nur jene wissenschaftliche Bildung voraussetzen, welche zu beurtheilen im Stande ist, ob die Präjudizien, welche mitgetheilt werden sollen, der Wissenschaft und dem Gesetze entsprechen, sondern auch jenen Grad von Patriotismus, welcher sorgfältig vermeidet, Erkenntnisse dem juristischen Publikum mitzutheilen, welche das Ansehen der vaterländischen Gerichtshöfe schwächen und einen minder wissenschaftlich gebildeten oder charakterschwachen Richter zur Nachahmung verleiten können. So wie kein einzelner Mensch, so ist auch kein Richterkollegium frei vom Irrthume: aber es ist eine menschliche Schwäche, vom Einzelnen auf das Allgemeine, von einzelnen Irrthümern eines Richters oder auch eines Gerichtshofes oder weniger Mitglieder desselben auf den ganzen Gerichtshof zu schließen und es ist möglich, daß durch Mittheilung von Präjudizien ohne Auswahl das Vertrauen auf den Gerichtshof im Auslande wie im Inlande, bei den Rechtsuchenden wie bei den Männern der Wissenschaft sinkt; es kann geschehen, daß wissenschaftliche Männer die Ansicht äußern, daß man den Beweis, wie sehr ein Richterkollegium irren könne, in jedem Bande einer Zeitschrift leicht finden könne, welche Präjudizien dieses Gerichtshofes bekannt macht. Es

---

geschrieben werden dürfen. Const. 2 §. 21 und Const. 3 §. 21 Cod. de vetere jure enucl.

wird auf diese Weise nicht nur ein Schatten auf jene Gerichtsmitglieder geworfen, welchen doch nur ausnahmsweise etwas Menschliches widerfahren sein mag, sondern auch auf jene, welche dabei ganz unschuldig sind und keine Veranlassung zum Mißtrauen gegeben haben.

Wir haben gesagt, daß Patriotismus und Achtung vor den inländischen Gerichtshöfen abhalten müssen, die Schwächen derselben der Oeffentlichkeit Preis zu geben und man kann uns entgegnen, ob wir denn es für gut halten, wenn diese Schwächen von der Wissenschaft nicht widerlegt und der Nachahmung nicht entzogen werden. Das ist nun unsere Meinung gar nicht. Im Gegentheile, wir halten es für Aufgabe einer guten Zeitschrift, diese Schwächen ebenso wie auch Entscheidungen, deren Richtigkeit zu bezweifeln, zu besprechen. Dazu bedarf es aber der Angabe nicht, daß und wo so erkannt wurde: man stellt die Rechtsfrage auf, stellt die Abwege dar, auf welche man in der Beantwortung kommen kann, zeigt deren Unrichtigkeit und damit von selbst die Unrichtigkeit der richterlich ausgesprochenen Ansicht und entwickelt und begründet zugleich die Ansicht, welche man für die richtige hält. Auf diese schonende Weise erlangt man zugleich einen Vortheil. Während nämlich dann, wenn man die Urtheile benennt, welche man als unrichtig angreift, die Urheber derselben so leicht nicht zurückgehen, vielmehr bald aus Rechthaberei, bald aus falscher Scham Alles aufbieten, um ihre irrige Ansicht als richtig geltend zu machen, werden dieselben, wenn ihre früheren Urtheile nicht benannt oder bezeichnet sind, um so leichter die richtige Ansicht anerkennen und der Verfasser hat in seiner Praxis in den Gerichtshöfen öfters die Freude gehabt, solchen Uebertritt zum Besseren zu beobachten. Wohl hat man die Bemerkung gehört, daß auf solche Weise eine Zeitschrift die Herrschaft über die Praxis usurpire: allein nicht die Zeitschrift und deren Redaktoren beherrschten die Praxis, sondern der wis-

senschaftliche Geist und die gründliche und pflichtgetreue Auffassung und Anwendung der Gesetze, welche aus den mitgetheilten oberrichterlichen und oberstrichterlichen Erkenntnissen hervorleuchteten, überzeugten die Richter und schafften der Zeitschrift ein Vertrauen, ohne die Richter direkt oder indirekt zu binden, während Plenarbeschlüsse und Kassationshofserkenntnisse wirklichen oder versteckten Zwang ausüben, auch wenn sie offenbar verfehlt sind.

Sind irrige Präjudizien auf irgend eine Weise öffentlich bekannt gemacht worden, so kann der Patriotismus, welchen wir oben angerufen haben, nicht mehr hindern, darüber zu sprechen: im Gegentheile, es fordert der Patriotismus, alle Kraft des Geistes und der Wissenschaft aufzubieten, um den Irrthum aufzudecken und der Gerechtigkeit den Sieg zu verschaffen. Und je höher der Gerichtshof gestellt ist, von dem der Irrthum ausgegangen, um so kräftiger muß die Widerlegung sein, damit Wissenschaft, Gesetz und Gerechtigkeit nicht äußerem Ansehen unterliegen. Wer das bestreitet, wer vielleicht Einschreitung gegen solchen wissenschaftlichen Kampf — der freilich, eben weil er wissenschaftlich, im gebildeten Tone geführt werden muß — wünschen würde, der würde nur verrathen, daß ihm der Begriff von der Aufgabe des Staates mangelt, die Gerechtigkeit zu handhaben.

XXIII.

Dritte Instanz.

So sehr man in Deutschland an drei Instanzen im Civilprozesse gewöhnt ist, so wenig darf man sich doch der Prüfung entziehen, ob denn drei Instanzen nothwendig oder doch nützlich sind: besonders muß diese Prüfung stattfinden, wenn das mündliche Verfahren an die Stelle des bisherigen schriftlichen tritt.

Daß eine Instanz nicht genügt und eine Berufung gestattet werden muß, haben wir schon gezeigt. Es kommt aber oft vor, daß der Unterliegende auch mit dem Erkenntnisse zweiter Instanz sich nicht beruhigen lassen will, und es kann als gewiß angenommen werden, daß, wenn es von einzelnen Parteien abhängen würde, die Zahl der Instanzen in das Unendliche vermehrt werden müßte. Die Gesetzgebung muß aber daran festhalten, daß die Rechtspflege möglichst sicher, die Realisirung des Siegs des Rechts möglichst bald, die Chikane möglichst verhindert, und dadurch das Vertrauen auf die Rechtspflege ein unerschütterliches sei.

Wenn in einer Streitsache zwei Instanzen gleichmäßig Dasselbe für Recht erkannt haben, so ist eine bedeutende Bürgschaft dafür vorhanden, daß das, was sie gleichmäßig ausgesprochen, dem Rechte und dem Gesetze gemäß sei. Nun läßt sich zwar nicht läugnen und die Erfahrung lehrt es nicht selten, daß die dritte Instanz in anderer Art erkennt und daß es zuweilen gar nicht schwer ist, die Richtigkeit des Urtheiles dritter Instanz und den Irrthum der vorigen Instanzen zu erkennen, und insoferne läßt sich eine dritte Instanz wünschenswerth erachten. Es kommen aber auch Fälle vor, wo es gar nicht schwer ist, die Richtigkeit der Urtheile der vorigen Instanzen und den Irrthum der dritten Instanz zu erkennen, und zu diesen Fällen gehören namentlich jene, wo die dritte Instanz im Gefühle ihrer Machtvollkommenheit und in der Meinung, das materielle Recht zu fördern, durchgreift, vielleicht gar mit reger Einbildungskraft das Faktische des Streites ergänzt, ohne zu dieser Ergänzung thatsächlichen Stoff zu haben. So viel ist gewiß, daß für die Richtigkeit des Erkenntnisses dritter Instanz ebensowenig als für die Richtigkeit anderer Urtheile eine Gewißheit vorhanden ist. Wenn nun gegen zwei gleichmäßig lautende Erkenntnisse der vorigen Instanzen ein entgegengesetztes Erkenntniß dritter Instanz erscheint, so liegt ungeachtet der in

dritter Instanz zu vermuthenden höheren Befähigung doch immer der Gedanke sehr nahe, daß in der Regel zwei Instanzen, welche die Sache zweimal erwogen haben, im Falle ihrer Uebereinstimmung eben so viel Vertrauen verdienen, als die dritte Instanz, und es ist jedenfalls kein Mißstand, wenn der Gesetzgeber für solchen Fall eine dritte Instanz nicht gestattet.

Ganz anders verhält sich die Sache, wenn erste und zweite Instanz verschieden erkannt haben. Dann ist richterlich bekundet, daß ein zweifelhaftes Rechtsverhältniß vorliegt und es kann der zweiten Instanz – auch bei der besten Besetzung — nicht so viel Uebergewicht gegeben werden, daß das Erkenntniß der ersten Instanz als gewichtlos zu betrachten wäre. Es ist die Nothwendigkeit gegeben, den Widerstreit beider Instanzen durch eine dritte Instanz entscheiden zu lassen und höchstens läßt es sich bei sehr geringfügigen Streitobjekten rechtfertigen, wenn der Gesetzgeber die dritte Instanz deshalb versagt, damit nicht die Parteien sich in unverhältnißmäßige Kosten stürzen.

Es ist schon im deutschen Civilprozesse ein Streit, welche Erkenntnisse der beiden ersten Instanzen gleichförmig und welche ungleichförmig sind. Der Streit wird sehr eingeschränkt, wenn man nicht in der verschiedenen Form, sondern in derjenigen Verschiedenheit das Unterscheidungsmerkmal sucht, welche in Beziehung auf die Rechtsansprüche der Parteien vorliegt und es dürfte vielleicht besser sein, von gleichmäßigen und ungleichmäßigen, als von gleichförmigen und ungleichförmigen Erkenntnissen zu sprechen.

Was nun die Einwirkung des mündlichen Verfahrens auf die Zulässigkeit einer dritten Instanz betrifft, so ist hier dasselbe zu sagen, was wir oben von der Berufung bei dem mündlichen Verfahren sagten, und wenn die Freunde des Kassationshofes von einer Unzulässigkeit der dritten Instanz sprechen wollten, so geben wir ihnen zu bedenken, daß in

dem Falle, wenn der Kassationshof (Kassationshof und Plenum) wiederholt auf Vernichtung der vorigen Erkenntnisse erkannt hat, die Rechtsfrage vom Kassationshofe selbst entschieden wird, dieser also in einem solchen Falle eine dritte Instanz bildet, und daß er ebenso, wie die zweite Instanz, die Sache auch in thatsächlicher Beziehung vor sich verhandeln lassen und darüber urtheilen kann.

Daß die dritte Instanz nicht zwischen den beiden verschiedenen Ansichten der vorigen Instanzen zu wählen, sondern selbständig zu erwägen und zu entscheiden hat, bedarf keiner Ausführung.

Eine Succumbenzstrafe oder gar eine Erlegung derselben gleich bei Ergreifung des Rechtsmittels kann nicht verlangt werden, wenn verschiedene Urtheile der vorigen Instanzen vorliegen: aber auch selbst dann, wenn man die dritte Instanz gegen gleichmäßige Urtheile der vorigen Instanzen zuläßt, ist eine Strafe aus den oben bei der Berufung angegebenen Gründen tadelnswerth.

XXIV.

Wiederaufnahme.

Man kann im Deutschen die Restitution von dem Zwecke des Verfahrens eine „Wiedereinsetzung" oder von dem Verfahren eine „Wiederaufnahme" nennen: letzteres dürfte entsprechender sein, weil nicht jedes Anfangs als gegründet erscheinende Restitutionsgesuch die Wiedereinsetzung zur Folge hat, obgleich das Wiederaufnahmeverfahren stattfand.

Bei einem Civilprozeßverfahren, welches stets und auch in den höheren Instanzen und bis zur Rechtskraft des Erkenntnisses neue Thatsachen und Beweise zuläßt, hat in Beziehung auf Beschleunigung und Kosten des Prozesses der große Vortheil statt, daß es wegen Versäumung von Ter-

minen und Fristen keiner Restitution, keiner Restitutionsgründe, keiner Bescheinigung der letzteren, keines Erkenntnisses hierüber bedarf.

Nur gegen rechtskräftige Erkenntnisse bedarf es einer Restitution und sie hat nur statt, wenn einer Partei nicht aus Schuld des Richters, sondern aus anderer Ursache ein Nachtheil in Beziehung auf die Entscheidung zugefügt worden ist.

Kann ein Urtheil als nichtig angefochten werden, so bedarf es keiner Restitution, denn mit der Nichtigkeitserklärung fällt die Rechtskraft. Hat ein Gericht contra rem judicatam erkannt, so muß das neuere Urtheil als nichtig aufgehoben werden, auch wenn es von demselben Richter ausging, welcher das vorige Urtheil erlassen hat [1]), denn der Widerspruch muß gehoben werden und liegt in der Schuld des Richters. Wenn ein Richter bestochen war, so kann er in der Sache nicht Richter sein, wegen welcher die Bestechung stattfand, und wenn er dennoch in dieser Sache handelt, ist diese Richterhandlung nichtig [2]). Wenn die Vernehmung des Staatsanwaltes unterlassen wurde, wo sie gesetzlich nothwendig ist, so liegt Nichtigkeit vor und es kann von Restitution nicht die Rede sein [3]). Wenn ein Minderjähriger u. s. w. nicht vor dem Gerichte oder zwar vor dem Gerichte, aber durch einen hiezu nicht Berechtigten vertreten wurde, so mangelt es am rechtlichen Gehöre und nicht die Wiedereinsetzung, sondern die Urtheilsvernichtung ist das Hilfsmittel [4]).

---

[1]) Dagegen bayer. Entw. Art. 712 Ziff. 4 vergl. mit Art. 734 Ziff. 5, welcher die Nichtigkeit nur dann aussprechen lassen will, wenn verschiedene Gerichte widersprechend erkannt haben.

[2]) Anders der bayer. Entw. Art. 712 Ziff. 8.

[3]) Abweichend bayer. Entw. Art. 712 Ziff. 11.

[4]) Vgl. bayer. Entw. Art. 713 Ziff. 1 u. 2.

Wenn einer Partei aus Schuld des Richters ein Nachtheil zugefügt ist, so hat sie das Recht der Berufung und bei unvollständigen Erkenntnissen das Recht, über den Punkt, worüber nicht erkannt wurde, Erkenntniß zu verlangen [1]).

Daß Wiedereinsetzung stattfinden müsse, wenn, nachdem das Erkenntniß die Rechtskraft bestritten hat, sich ergibt und bewiesen wird, daß es durch betrügliche Handlung oder gar durch Meineid erschlichen wurde, unterliegt keinem Zweifel! es ist aber kein Grund vorhanden, zur Wiedereinsetzung die strafrechtliche Verurtheilung des Betrügers oder Meineidigen oder doch ein strafgerichtliches Urtheil zu bedingen, denn auch wenn der Verbrecher nicht verurtheilt werden kann, namentlich wenn er inzwischen gestorben ist, muß das Unrecht beseitigt werden [2]).

Neu aufgefundene Beweismittel begründen offenbar die Restitution.

Um Prozesse auch da, wo die Restitution begründet ist, nicht verewigen zu lassen, müssen Fristen zur Anbringung des Restitutionsgesuches gesetzt werden.

Suspensivwirkung des Restitutionsgesuches kann nur bei hinreichender Bescheinigung des Restitutionsgesuches und der Gefahr im Falle der Vollziehung gestattet werden und nur gegen hinreichende Sicherung wegen des aus der Suspension entstehenden Schadens.

---

[1]) Vergl. bayer. Entw. Art. 712 Ziff. 1—3.

[2]) Vergl. bayer. Entw. Art. 712 Ziff. 5—8, wo französische Gesetze als Vorbild genommen zu sein scheinen.

XXV.

Urtheilsvollstreckung.

Rechtshülfe, nicht blos Rechtsprechung, ist es, was der Staat gewähren soll: der richterliche Ausspruch über das Bestehen eines Rechtes wäre ein leerer Schall, wenn nicht die Staatsgewalt gegen den im Streite Unterliegenden, welcher dem Richterspruche sich nicht fügen will, Zwang üben wollte, um das Recht des Siegers zu verwirklichen.

In allen Rechtssachen, welche der Civilgerichtsbarkeit unterworfen sind und gegen jede Partei, welche vor dem Civilgerichte Recht nehmen muß, ist jener Zwang begründet. Das französische Recht macht die merkwürdige Ausnahme, daß wegen einer Forderung gegen den Staat keine gerichtliche Exekution stattfindet, sondern der Gläubiger seine Befriedigung bei den Administrativbehörden nachsuchen muß, und man dehnt dieses sogar auf Forderungen gegen Gemeinden aus[1]). Wir können diese Ausnahmen nur mißbilligen. Wenn die Behörden des Staates oder die Vertreter der Gemeinden einer Forderung gegen den Staat oder die Gemeinden entsprechen wollten, so würden sie dieses thun, ohne erst eine Verurtheilung des Gerichtes zu erwarten, oder wenn sie in zweifelhaften Fällen erst den Richterspruch abwarten wollten, würden sie doch dann, wenn

---

[1]) Hinsichtlich der Forderungen gegen Gemeinden hat Preußen in seinen Rheinprovinzen dieses geändert. — Die hannöv. bürg. Prozeßordn. hat obige französ. Bestimmung gar nicht aufgenommen. Der bayer. Entw. Art. 760, 761 hat das französ. Recht nachgeahmt. Die bayer. Verfassungs-Urk. sagt aber, daß der kön. Fiskus vor den Gerichtshöfen Recht nehme und daß Gleichheit vor dem Gesetze und Unaufhaltbarkeit der Rechtspflege herrschen soll.

dieser Richterspruch gegen den Staat oder die Gemeinde ausgefallen, demselben gemäß handeln und nicht erst einen Zwang hiezu abwarten. Wenn sie nun aber dem Urtheile nicht entsprechen — und dies kommt hie und da bald aus Eigensinn, bald aus Geldverlegenheit, bald aus anderer Veranlassung vor — soll denn nun der Sieger doch nicht vom Gerichte Rechtshülfe verlangen dürfen [1]), sondern von jenen Behörden verlangen, was sie nun einmal nicht thun wollen? Oder soll er nun noch einmal bei den oberen Behörden der Administration den Beschwerdenweg durchwandeln, nachdem er im Rechtswege obgesiegt hat? Er verlangt mit Recht, daß die Justizgewalt ihrem Ausspruche Wirkung verleihe und sein ihm von ihr zugesprochenes Recht verwirkliche.

Die Frage, ob der Vollzug gerichtlicher Urtheile von dem Richteramte geleitet oder den Gerichtsvollziehern übertragen werden soll, haben wir schon oben Abschn. VI erörtert und für die Gerichtsvollzieher als Regel uns ausgesprochen. Man kann uns nun einwenden, daß es doch auffallend erscheinen dürfte, wenn ein Gerichtsvollzieher bei einer Kasse des Staates erscheinen und dort wegen einer durch Richterspruch festgesetzten Forderung gegen den Staat Auspfändung vornehmen würde. Allein vor Allem kommt es darauf an, welche Stellung die Gerichtsvollzieher bei deren Organisation erhalten, und dann kann man ja höchstens dem Sieger zur Pflicht machen, daß er vor der Vollstreckung nicht nur die Behörde, gegen welche der Vollzug geschieht, sondern auch die höhere Behörde — allenfalls durch den Gerichtsvollzieher — davon in Kenntniß setze, daß die

[1]) So wenig es ein Widerspruch ist, daß der Staat in seinen Privatrechtsverhältnissen vor den Gerichten Recht nimmt, so wenig ist es ein Widerspruch, daß er in diesen Verhältnissen von der Justizgewalt gezwungen wird, das richterlich ausgesprochene Recht anzuerkennen. Vergl. dagegen Motive des bayer. Entw. S. 640.

Vollziehung geschehen werde, wenn dem Richterspruche nicht Genüge geleistet wird.

Nur ein rechtskräftiges Erkenntniß kann vollzogen werden. Das französische Recht hat die Bestimmung, daß schon vor Ablauf der Berufungsfrist die Vollstreckung stattfinde, jedoch durch Ergreifung der Berufung Suspension bewirkt werde [1]). Nun kann man freilich die Ansicht haben, daß es dem unterliegenden Theile unschädlich ist, wenn schon vor dem Ablaufe der Berufungsfrist zur Vollstreckung geschritten werden will, indem er durch Ergreifung der Berufung die Suspension der Vollziehung bewirken kann: allein die Berufungsfrist muß die Wirkung haben, daß während des ganzen Laufes derselben dem Unterlegenen freisteht, zu überlegen und mit einem Anwalt und Anderen sich zu berathen, ob er die Berufung ergreifen wolle. Dieses Recht würde ihm beschränkt, wenn er gegen einen innerhalb der Berufungsfrist gemachten Versuch der Urtheilsvollstreckung sogleich sich über die Ergreifung der Berufung erklären müßte; denn wenn ihm auch dann freistünde, die Berufung doch zu unterlassen oder zurückzunehmen, so bliebe doch die Beschränkung seines Rechtes der Ueberlegung während der Berufungsfrist.

Es geht aus der Nothwendigkeit, die Berufungsfrist unverkümmert zu lassen, die Nothwendigkeit hervor, die Vollstreckbarkeitsklausel dem Urtheile erst nach Ablauf der Berufungsfrist, und nur, wenn in dieser die Berufung nicht ergriffen wurde, beizusetzen. Nur bei jenen Urtheilen kann sie sogleich beigesetzt werden, gegen welche eine Berufung mit Suspensivkraft unzulässig ist.

---

[1]) Code de proc. civ. art. 147, 457. — Die hannöv. CPO. bedingt Art. 528 Rechtskraft. Ebenso der bayer. Entw. Art. 760, welcher jedoch Art. 795 die Vollstreckung einstellen läßt (also das franz. Recht nachahmt), wenn das Urtheil im Laufe der Berufungsfrist angefochten wird. Dies scheint Widerspruch.

Der Urtheilsvollziehung muß eine Aufforderung zur Befolgung vorangehen.

Dem, gegen welchen das Urtheil vollzogen werden soll, muß das Recht des Einspruches zustehen, wenn bei dem Vollzuge das Urtheil oder die gesetzlichen Vollzugsvorschriften überschritten werden, oder wenn neue Thatsachen dem Vollzuge entgegenstehen. Suspensivwirkung des Einspruches hat der Gerichtsvollzieher nur ausnahmsweise bei klar vorliegenden oder ihm zweifelhaft scheinenden Einwendungen zu gestatten: das Gericht, welchem die Entscheidung über den Einspruch zusteht, muß zu Gestattung der Suspensivwirkung in allen geeigneten Fällen ermächtigt sein.

Nicht alle Arten des Vollzuges können den Gerichtsvollziehern übertragen werden. Beschlagnahme von Forderungen ist nur durch die Gerichte möglich, weil dem Dritten verboten wird, seine Schuld gegen den Gläubiger diesem zu bezahlen. Versteigerungen bedeutender Gegenstände, insbesondere der Immobilien, ist den Notaren oder Einzelnrichtern zu übertragen, und Gegenstände, welche nicht überall hinreichende Kaufliebhaber finden, z. B. Pretiosen, müssen dort versteigert werden, wo eine Konkurrenz von Kaufsliebhabern zu erwarten ist.

Die Frage, ob gegen einen Schuldner, welcher nicht so viel im Vermögen hat, daß daraus seine Gläubiger befriedigt werden können, Verhaftung gestattet werden soll, bedarf einer besonderen Erwägung, wobei wir jedoch hier von der Frage wegen des Wechselarrestes absehen. Man ist an den Satz: Qui non habet in aere, luat in corpore, von Alters her so gewöhnt, daß es bei Manchem Staunen erregt, wenn man diese gar nicht neue Frage wieder zum Vorscheine bringt.

Der Schuldarrest eines vermögenslosen Menschen muß auf jeden Fall einen Zweck haben, welcher bei ruhiger Betrachtung sich rechtfertigt und dieser Zweck kann nur sein:

Befriedigung der Gläubiger oder Strafe gegen den Schuldner. Die Gläubiger können nur den ersten dieser Zwecke haben, denn Strafe nützt ihnen nicht, und wenn sie dennoch solche bezwecken würden, so wäre ihr Zweck ein unmoralischer, vom Staate nicht zu billigender, nämlich Rache.

Befriedigung durch Schuldarrest können die Gläubiger nur bezwecken entweder, indem sie hoffen, der Schuldner werde Vermögen, das er beseitigt, zu ihrer Befriedigung offenbaren, oder indem sie hoffen, Verwandte und Freunde des Schuldners werden diesen aus Mitleid auslösen, oder indem der Schuldner gezwungen wird, durch Arbeiten etwas zu verdienen, das zu ihrer Befriedigung verwendet werden könne. Die bloße Meinung, der Schuldner möge Vermögen beseitigt haben, kann einen Grund zum Schuldarreste nicht abgeben, und wird gewöhnlich die Verhältnisse des Schuldners gegen sich haben: ist Verdacht solcher Beseitigung vorhanden, so kann eine strafrechtliche Einschreitung stattfinden. Die Hoffnung, der Schuldner werde durch Verwandte und Freunde ausgelöst werden, kann den Schuldarrest nicht rechtfertigen, einestheils, weil auf solche Auslösung kein Recht besteht, anderntheils, weil es unmoralisch ist, auf Freunde und Verwandte des Schuldners, also auf Dritte, einen psychologischen Zwang auszuüben, ihr Mitleid zu eigennützigen Zwecken auszubeuten. Daß endlich der Schuldner so viel im Schuldarreste verdienen werde, daß davon nach Abzug der Kosten des Unterhaltes etwas Erhebliches zur Befriedigung der Gläubiger übrig bleibe, läßt sich selten erwarten. Die preußische Gerichtsordnung (I, 24, §. 146) stellt dem Schuldner, welcher ein Jahr lang vergeblich im Schuldarreste war, die Bitte um Entlassung frei, welcher statt zu geben ist, wenn nicht der Gläubiger wahrscheinlich macht, daß die Fortdauer des Arrestes ein Mittel der Befriedigung, oder daß der Schuldner durch sein Verschulden in Zahlungsunvermögenheit gerathen sei. Der letz-

tere Grund verdient keinen Beifall, zumal wo schon Strafgesetze gegen leichtsinnige Schuldenmacher bestehen.

Die Bestimmungen über Exekution auf den Grund von Urkunden, welche mit der Vollstreckbarkeitsklausel versehen sind, dann über Exekution, welche nicht in Civilrechtssachen von den Gerichten, sondern wegen öffentlicher Abgaben u. s. w. von den Administrativbehörden des Staates verfügt wird, gehören eigentlich nicht in ein Gesetzbuch über das Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten und können höchstens der Verwandtschaft wegen darin Platz finden.

XXVI.

Konkursprozeß.

Die französische Gesetzgebung theilt das, was wir in Deutschland unter Konkursprozeß begreifen, in verschiedene Verfahren. Einen Konkursprozeß, ähnlich dem in Deutschland, gestattet sie nur gegen Commerçants, d. h. gegen Jeden, welcher Handelsgeschäfte als seinen gewöhnlichen Beruf treibt: gegen andere Personen kommt es im Falle der Ueberschuldung darauf an, ob von Hypothekschulden oder sogenannten Privilegien die Rede ist, wo ein nicht musterhaft geregeltes Verfahren, Ordre genannt, stattfindet, oder ob es sich von Vertheilung einer Mobiliarmasse handelt, wo ohne allgemeines Gantverfahren Massevertheilung eintritt.

Der Verfasser gegenwärtiger Schrift hat sich über die Gebrechen des deutschen wie des französischen Gantverfahrens schon früher geäußert und dabei Verbesserungsvorschläge gemacht[1]; er glaubt sich hier zur Abkürzung darauf beziehen zu dürfen und nur Folgendes sagen zu müssen.

So oft eine Ueberschuldung vorliegt und mehrere Gläubiger aus der Masse befriedigt sein wollen, liegt ein

---

[1]) Gerichtssaal v. J. 1853 Band II S. 261, 359.

Konkurs vor, und es ist zweckmäßiger, alle diese Fälle in einer gemeinschaftlichen Abtheilung des Gesetzbuches zu behandeln, also nicht, wie die französische Gesetzgebung thut, die Vertheilung an die Hypothekgläubiger im Civilgesetzbuche, die Vertheilung der Mobiliarmasse im Civilprozeßgesetzbuche bei den Vorschriften über Exekution [1]), das Gantverfahren gegen Commerçants im Handelsgesetzbuche. Es ist zwar richtig, daß, wenn in der Exekution eine Konkurrenz der Gläubiger vorhanden, welche wegen Unzulänglichkeit der Masse in Kollision übergeht, es sich doch nur von einem Theile des Vermögens des Schuldners und von bestimmten bekannten Gläubigern handelt, denen vielleicht ebenso wie den unbekannten Gläubigern noch weitere Befriedigung aus anderem Vermögen des Schuldners verschafft werden kann. Allein wenn man auch hieraus nicht die Nothwendigkeit eines vollständigen Konkursverfahrens, namentlich nicht die Nothwendigkeit einer Ediktalladung der unbekannten Gläubiger ableiten will, so bleiben doch die wichtigsten Verhandlungen eines Konkursverfahrens, namentlich jene über Liquidität und Priorität, über gütliche, eventuell richterliche Lokation, Berufung u. s. w. allen Arten der Kollision gemeinschaftlich und es dient zur Vereinfachung und Abkürzung des Gesetzbuches, hierüber gemeinschaftliche Bestimmungen zu geben.

Man ist mit Recht davon abgekommen, dem Richter die Eröffnung des Konkurses von Amtswegen in allen Fällen zu übertragen, wo er vermuthet und durch Untersuchung sich überzeugt, daß Ueberschuldung vorhanden. Es ist diese amtliche Einschreitung um so weniger anzuordnen

---

[1]) Auch die hannöv. CPO. §. 595 fg. trennt die Vertheilung der Masse in der Exekution vom Konkursverfahren. Ebenso der bayer. Entw., welcher noch überdies Art. 864 fg., dann 968 fg., die Vertheilung der Mobiliarmasse von jener der Immobiliarmasse trennt (der Ordre des französ. Rechtes).

bei dem mündlichen Verfahren, wo die Richter in der Regel nur mit einzelnen Rechtsstreitigkeiten zu thun haben. Selbst wenn dem Gerichte eine in der Exekution aus Unzulänglichkeit der Exekutionsmasse entstandene Kollision einzelner Gläubiger bekannt geworden, ist es Sache aller Gläubiger, wenn sie Einbuße fürchten, bei Gericht aufzutreten, eventuell auf Konkurseröffnung anzutragen. Nur bei Kaufleuten und bei solchen Personen, welche in entfernteren Gegenden Verkehr haben [1]), rechtfertigt sich eine Eröffnung des Konkursprozesses ohne Antrag, weil entfernte Gläubiger von der Exekution nicht so leicht Kenntniß erlangen und dem Staate um des Kredits seiner Angehörigen willen daran liegt, daß entfernte Gläubiger nicht Gefahr laufen, im Falle sie Befriedigung verlangen, mit der Nachricht abgewiesen zu werden, daß das Gericht das Vermögen ihres Schuldners bereits veräußert und vertheilt habe. Außer diesem Falle kann die Konkurseröffnung auch veranlaßt werden durch Insolvenzerklärung eines Schuldners; durch Zahlungseinstellung eines Kaufmannes; durch Erbschaftsausschlagung von Seite aller berufenen Erben, wohin auch gehört, wenn der Benefizialerbe bei überschuldetem Nachlasse das Defizit nicht decken will; durch Flucht des Schuldners, verbunden mit Unzulänglichkeit des Vermögens; endlich durch Antrag der Gläubiger [2]).

Dem französischen Verfahren gemäß ist es, daß, wenn ohne Antrag der Gläubiger oder des Schuldners eine Konkurseröffnung stattfinden soll, der Antrag hierauf vom Staatsanwalte geschieht.

---

[1]) Es ist nicht nothwendig, daß dieser entfernte Verkehr den gewöhnlichen Erwerb bildet. Der französische Ausdruck „commerçants“ ist unbestimmt und selbst in Frankreich Quelle des Zweifels. Der bayer. Entw. Art. 1022 spricht nur von Kaufleuten.

[2]) Bayer. Entw. Art. 1021, 1022.

Ein Präliminarverfahren, nämlich Prüfung und Erkenntniß, ob Ueberschuldung vorhanden, muß der Konkurseröffnung vorausgehen, wenn nicht der Schuldner sich als zahlungsunfähig erklärt; die Ueberschuldung aber ist nicht nur dann anzunehmen, wenn die Schulden das Vermögen übersteigen oder demselben gleichkommen, sondern auch dann, wenn ein nur geringer Vermögensüberschuß wahrscheinlich ist, weil die Kosten des Gantverfahrens und bei Vermögensgegenständen, welche nicht leicht Kaufliebhaber finden, die Möglichkeit eines geringeren Erlöses berücksichtigt werden müssen.

Wird auf Konkurseröffnung erkannt, so steht dem widersprechenden Schuldner, wird der Antrag der Gläubiger auf Konkurseröffnung zurückgewiesen, so steht den Gläubigern das Rechtsmittel der Berufung zu. Dagegen läßt sich ein Rechtsmittel der Gläubiger gegen das Erkenntniß auf Eröffnung des Konkurses nicht rechtfertigen, weil sie dabei rechtlich nicht betheiligt sind.

Das Gantverfahren wird mit Ausnahme entstehender Zwischenstreitigkeiten am zweckmäßigsten einem Einzelnrichter oder Gerichtskommissär übertragen.

Ediktalladung der unbekannten Gläubiger ist dann nicht erforderlich, wenn nur von Vertheilung eines Theiles des Vermögens des Schuldners (namentlich in der Exekution) die Rede ist: sie ist aber nothwendig im Falle des Universalkonkurses — der Beschlagnahme und Vertheilung des ganzen Vermögens des Schuldners. — Hatte der Schuldner keinen ausgebreiteten Verkehr und ist das Vermögen gering, so bedarf die Ediktalladung keiner großen Verbreitung, namentlich nicht durch Zeitungen.

Sobald der instruirende Richter (bei Vertheilungen in der Exekution durch die bisherigen Verhandlungen, im eigentlichen Konkursprozesse durch den Anmeldungstermin) in Kenntniß gesetzt ist, welche Forderungen und welche Vor-

zugsrechte in Anspruch genommen werden, muß er einen vorläufigen Vertheilungsplan entwerfen, den er im nächsten Termine, wo alle Gläubiger versammelt und ihm die Einwendungen gegen die Ansprüche bekannt geworden sind (nach allenfallsiger Berichtigung) den Gläubigern vorlegt und den Versuch macht, eine gütliche Lokation herzustellen, welche oft gänzlich gelingt, oft hinsichtlich eines Theiles der Forderungen und der Masse (z. B. der Hypothekforderungen und der Immobiliarmasse, oder wegen unstreitiger Forderungen mit Fortsetzung des Beschlages auf nur jenen Theil der Masse, welcher zur Deckung der streitigen Forderungen erforderlich).

So weit die gütliche Lokation nicht gelingt, müssen die Streitenden an die Entscheidung des Gerichtes — des Kollegiums — verwiesen werden, wo das Verfahren wie in anderen Civilprozeßsachen mündlich und öffentlich ist und Rechtsmittel, wie in anderen Streitsachen, stattfinden.

Ein Contradiktor ist nicht nur überflüssig, sondern sogar nachtheilig [1]).

Zweckmäßige Verwaltung der Masse, baldige Veräußerung der Massegegenstände und Beschleunigung der Hinausgabe der Masse an die Gläubiger, namentlich derjenigen Massetheile, welche vor anderen hinausgegeben werden können, hat die Gesetzgebung anzuordnen.

---

[1]) Näheres hierüber im Gerichtssaal a. a. O. S. 265. Die hannöv. CPO. §. 630 gestattet dem Masse-Kurator einen Widerspruch gegen die angemeldeten Forderungen.

Mit dem Jahre 1863 beginnen:

Friedreich's Blätter

für

gerichtliche Medicin.

Für Aerzte und Juristen

fortgesetzt von

Professor Dr. **Ernst Buchner**

ihren **vierzehnten Jahrgang**. — Dieselben erscheinen wie bisher, jährlich in 6 Heften, die zusammen einen Band bilden. — Der Preis pro Band oder Jahrgang ist Rthlr. 2. 12 Sgr. oder fl. 4. —.

Friedr. Korn'sche Buchhandlung in Nürnberg.

Druck von Junge & Sohn in Erlangen.